
BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
8 A
69

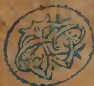
IO. BERNARDINI BRANCÆ IVRISCONS.

AD QVAEDAM IVRIS CIVILIS RESPONSA, COMMENTARIA,

AD ILLVSTRISS. AC REVERENDISS. *Dominum Franciscum Alciatum S. R. E. Cardinalem Amplissimum.*

CVM LICENTIA SVPERIORVM.





ROMAE,
Apud Iosephum de Angelis,
M D LXXV.





ILLVSTRISSIMO AC REVERENDISSIMO D. FRANCISCO ALCIATO S.R.E CARDINALI AMPLISSIMO.



Ioannes Bernardinus Branca S. P. D.



ATVRAE tuæ facilitas, atque ad humanitatem propensio quædam, adduxerunt te sæpius, Cardinalis Amplissime, vt summis me laudibus exornares, ita vt multi, tuo illo iuditio freti, non vulgarem de me expectationem conceperint. Quam quidem

ego facile sustinebo, vel potius amplificabo, si viderint hi, te nunc quoque in eadem de me opinione persistere. Tuum itaque erit, optime princeps, cuius auctorem, Amplius quam semel probasti, eiusdem hoc opusculum, sub tuo nomine in lucem editum, satis immaturè quidem, ad eorum manus peruenturum, quorum ego calumnijs, nescio quo meo fato, iampridem exagitor, hilari fronte, vt soles, excipere. Tunc ego excitabo animum meum, vt quæ his longe maiora voluit, ea tibi maturius parturire possit. Vale.

IOANNIS BERNARDINI
BRANCAE IVRECONSVL.

Ad.l.Gallus in principio ff.de lib. & posthumis.



Onstat vnanimi omnium consensu, legem hanc inter omnes alias esse difficillimam: Nascitur autem difficultas ex multiplici inspectione casuum, quibus euenire potest, ut posthumi natiuitate testamentum rumpatur: hi omnes ita in hac lege absoluuntur, ut mirum non sit si parum ad hoc sufficiens fuerit vnius Galli consilium. Ad eius euidentiem præmitte breuiter duas regulas legis antiquæ (antiquam appello eā quæ fuit ante Gallum Aquilium:) Prima erat. quod testamentum in quo suus hæres (idest qui erat in potestate testatoris & nemo eum præcedebat in gradu §. sui inst. de hæred. qualitate & differentia §. sui inst. de hæreditatibus quæ ab intestat.) erat præteritus (hoc est neque institutus neque ritè exhæredatus. l. posthumo. C. de contra tab. §. eadem inst. de hæreditat. quæ ab intestat.) uel erat nullum à principio ut puta quando suus hæres tempore testamenti erat iam natus. leg. inter cætera inf. eod. inst. de exhæredatione libro-

rum

rum in principio vel rumpebatur expostfacto veluti quando testatori, post conditum testamentnm nascebatur suus hæres. l. 3. §. ex his apparet. inf. de iniusto rup. & irr. test. §. posthumi quoque inst. de exhæredatione liberorum. Secunda regula erat hæc, quod posthumus qui tempore testamenti erat alienus, hoc est, erat talis qui si tunc esset natus non esset testatori suus, vel quia non esset in eius potestate, vel si esset in potestate non esset prior in gradu, iste enim dicitur posthumus alienus ut infra latius declarabo, non poterat neque hæres institui neque exhæredari: de institutione habemus leges expressas, est enim textus instit. de bonorum poss. in princip. & §. final. inf. eadem l. nostra: de exhæredatione vero licet non inueniam expressum, probatur tamen per argumentum à fortiori: Si enim non ualebat institutio quæ de sui natura est fauorabilis, quanto minus credendnm est valuisse exhæredationem quæ est odiosa. l. cum quidã supra eodem cap. odia de reg. iuris lib. 6. præsertim in posthumo in quo non potest considerari aliqua culpa ingratitudinis, vnde uidemns quod quamuis hodie tempore Iustiniani iste posthumus posśit hæres institui dicto princ. de bonorum possess. non tamen potest exhæredari. leg. si quis in suo §. fin. C. de inoff. testam. auth. non licet. C. de liber. præter. quamuis alia ratione olim esset prohibita exhæredatio: Qua de causa fuerit hoc statutũ de iure antiquo ut posthumus alienus non posśit hæres institui, lõga est disceptatio inter scribẽtes tene opin. illorũ qui

xerunt hoc factum fuisse ratione incertitudinis; uoluerũt enim ueteres ut persona incerta non modo non posit hæres institui, sed neque ei quicquã legari, & hanc rationem aperte sentit Iustinianus in §. posthumo quoque iuncto §. incertis inst. de legatis: & si diceres nonne hæc eadem ratio militabat in posthumo suo? utique sic, cum & ipse esset persona incerta: quare ergo permittebat institutionem posthumi sui ut probatur in dicto princ. de bonorum possesion. iuncta l. imperator ff. de postulando? Respondeo: in posthumo suo aderat quædam alia ratio specialis cui succumbebat illa retio incertitudinis quæ erat generalis in omni posthumo l. in toto ff. de regul. iuris. lege. sanctio legum ff: de pœnis cum concord. Ratio specialis erat hæc: Si lex antiqua non permisisset institutionem eius posthumi qui tempore testamenti erat suus, nullo tempore potuisset hæres institui, & per consequens cogebatur pater decedere intestatus absque quod ei aliqua culpa posit imputari, sed quoniam hoc erat ualde iniquum, idcirco dispensauit lex ut iste posthumus quamuis persona incerta posit tamen hæres institui, necessitas enim facit ex illicito licitum gl. in c. quod si est licitum de reg. iuris l. casus. C. de testamentis. l. 1. cum ibi notatis .ff. de offitio eius: Dices iterum nonne hæc eadem iniquitas poterat emergere ex prohibitione institutionis posthumi alieni? pone enim quod quis tempore testamenti habebat filium, & ex filio nepotem in uentre nurus, condito testamento filius præmoritur, moritur

tur deinde auus, mortuo auo nascitur nepos, certe iste videtur esse casus in quo cogebatur auus decedere in testatus ob præteritionem nepotis absque quod ullo modo posśit sibi prouidere, nam tempore testamenti nepos erat posthumus alienus cũ eo tempore superesset filius, postquam fuit natus, auus iam erat mortuus, attenta ergo ratione prædicta, quare lex antiqua non permisit institutionem huius posthumi quamuis tempore testamenti alieni, quemadmodum permisit institutionem posthumi test. tempore sui cum esset eadem ratio. l. Illud, ff. ad l. Aquiliam? Doctores nostri timore huius difficultatis fatentur legem antiquam in hoc defecisse, cum non sit dare rationem diuersitatis inter posthumum testamenti tempore suum & inter eum qui, cum eo tempore esset alienus [illegible] mortem aui natus est et suus, & propterea [illegible] runt Gallum Aquilium fuisse loquutum de [illegible] tum posthumo qui natus est post mortem aui non autem de eo qui natus est in vita, hunc enim poterat auus nouo condito testamento instituere iam natum, cum nunc cessaret omne impedimentum legis antiquæ, at eum qui nascebatur post eius mortem nullo tempore potuit auus instituere, & ideo concludunt Galli consilium in casu suo idest in posthumo nato post mortem aui fuisse necessarium. Aduerte quia (nisi ego maxime fallor) Doctores nostri hac in re decipiuntur. Qua enim ratione vis quod prouisio de instituendo posthnmo nato in vita aui non fuisset necessaria? quia hunc iam natum poterat auus nouo condito testamento

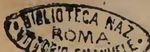
insti-

inſtituere hæredem; ergo hac eadem ratione fateri oportet Galli conſilium non fuiſſe neceſſarium in caſu ſuo ſcilicet, in nato poſt eius mortem: quod probo ſic. vel iſte poſthumus in uita aui nunquam effectus eſt ſuus, ut puta quia nō prædeceſsit filius, & tunc non poterat rumpere teſtamentum etiam ſi poſtea fuiſſet natus mortuo iam filio, nam in ſucceſsione contra teſtamentū oportet vt quis ſit ſuus tempore mortis teſtatoris alias nō rumpit. l. ſi quis filio exhæredato in princ. ff. de iniu. rup. & irr. teſt. l. ſi quis poſthumos. §. 1. ſupra eod. & propterea inter tot caſus quos complectitur hæc lex, non inuenies iſtum quando, ſcilicet, poſthumus in uita aui ſemper perſeuerauit alienus, ſed omnes loquūtur quando tempore mortis teſtatoris reperiebatur [illegible] ratio eſt quia hæc lex intentabat prouidere [illegible]amenta rumpantur preteritione poſthumo[illegible] patet in ea per totum. vel iſte poſthumus [illegible] uita aui poſt conditum teſtamentum factus eſt ſuus ſublato iam filio de medio, prout loquebatur Gallus, & in hoc caſu poterat quidem auus nouo condito teſtamento inſtituere hunc poſthumum iam effectum ſuum, non enim impediebat lex antiqua inſtitutionem poſthumi ſui ut ſupra dictum eſt: Nulla igitur in re noſtra poteſt aſsignari ratio diuerſitatis inter poſthumum natum uiuo auo, & inter natum poſt eius mortem; poteſt autem aſsignari ratio diuerſitatis inter poſthumum ſuum, & alienum tempore teſtamēti quamuis futurum ſuū, illum enim qui erat ſuus ſi non potuiſſes inſtituere modo antequam naſcatur, oportebat eum remanere

nere

nere præteritum si contingebat eũ nasci post mortem testatoris quod non erat in eo posthumo qui tempore testamenti erat alienus, hunc enim & si non poteras instituere tempore quo erat alienus, poteras tamen instituere postquam efficiebatur suus ut supra dictum est. Dicet aliquis pone quod post primum testam. testator effectus est inhabilis ad testandum, vt puta quia effectus est furiosus, uel pone quòd decessit eodem momento post filium, nonne iste erat casus in quo testator cogebatur decedere intestatus, ob præteritionem posthumi absque quod ullo modo possit sibi prouidere? Respondeo quod sic; sed dico quòd hæc lex antiqua non respexit hoc impedimentum facti accidẽtale, sed tantummodo impedimentum iuris, quod proficiscebatur ex prohibitione institutionis posthumonum arg. text. in l. conficiuntur in princip. ubi gl.ff. de iure codicillorum & l. tam is in princip. ubi gl.ff.de donat. caus. mort. fuit autem hoc impedimentum accidentale consideratum fortasse à Gallo Aquilio; qui propterea inuenit remedium quomodo auus in primo testamento possit instituere hunc posthumum ita ut si postea contigerit quod efficiatur suus non sit opus alio testamẽto: Remedium fuit hoc, vt auus conferat institutionem huius posthumi alieni in casum quo postea effectus fuerit suus, sublato scilicet filio de medio, quo casu perinde haberi debet ac si eo tempore fuisset institutus, quo iam erat suus.l.in tempus ff.de hæred. instit. sed quoniam hoc consilium defecit in multis, præsertim dum loquutum est tan-

tum



tummodo de posthumo nato post mortem aui, nulla habita mentione de nato in eius uita, cum tamē constet inter eos nullam esse differentiam quo ad rumpendum testamentum, vt supra dictum est, idcirco superuenit Veleius, Iulianus, & Scæuola ad supplendos defectus Galli Aquilij. Hæc est intentio totius legis. Nunc vero pro expeditione huius principij. Quæro in primis, posthumus de quo loquutus fuit Gallus debet dici suus, an alienus? resolutio uidetur pendere ex hoc, quod tempus sit inspiciendum, tempus quo conditum fuit testamentum, an tempus quo fuit natus posthumus, inspecto enim tempore testamenti debet dici alienus, cum tunc superesset filius qui eum præcedebat in gradu. §. ita demum inst. de hæred. quæ ab intestato, inspecto uero tempore natiuitatis dicetur suus cum eo tempore non supererat filius: Bart. cum quo trāsit cōmunis opinio, tenuit hunc posthumum esse alienum attento tempore testamenti, pro qua opinione uidetur casus quem moderni dicūt esse in euitabilē, in. l. pen. ff. de leg. 1 ubi posthumi de quibus loquebatur Gallus appellantur alieni. Respondent quidam quod dum ibi dicitur, obtinuisse sententiam Galli, ut posthumi alieni sint nobis hæredes legitimi non est intelligēdum quod Gallus ipse in consilio suo expresse loquutus fuerit de posthumis alienis, immo secundum eos locutus fuit de posthumis suis, sed tamen prouisio Galli loquens de posthumis suis, extensa est (prout ibi refert Paulus) ad posthumos alienos, ex identitate rationis, & sic potius ex mente seu

senten-

ſententia Galli quã ex uerbis. Quæ reſolutio con fuditur ex duobus, primo quia ea attenta ſequeretur, quod tempore l. pen. ſeu tempore Pauli poſthumi alieni de iure ciuili poterant hæredes inſtitui, ex mente Galli Aquilij, hoc autem eſt contra tex. in dicto princ. de bonorum poſſeſs. & d. §. fi. 1. ead. l. præterea ſi uis quod prouiſio Galli loquebatur de poſthumis ſuis, certe nullo modo eius mẽs poterat adaptari ad poſthumos alienos, Immo potius contra, ut dum permiſerit inſtitutionem ſuorum, cenſeatur prohibuiſſe inſtitutionem alienorum, arg. l. commodiſsime ſupra eod l. ſi cum dotẽ ſupra ſoluto matr. ſtante præſertim reg. l. antiquæ quæ expreſſam conſtituebat in hoc differentiam inter ſuos & alienos: & quidem intentio Galli fuit prouidere in caſu neceſsitatis, quando poſthumus præteritus poterat rumpere teſtamentum, ut patet per totam hanc .l. ſi ergo uis quod iſte poſthumus propterea, quod futurus eſt ſuus debet dici ſuus, ergo alienus dicetur is qui nullo modo futurus erit ſuus, & ſic non poterit rumpere teſtamẽtum. Quo modo ergo dicis conſilium Galli loquens de ſuis, fuiſſe extẽſũ ad alienos, ꝓpter identitatẽ rationis? Dic ergo quod ille text. loquitur de alia prouiſione Galli longè diuerſa ab ea quæ ponitur in princip. huius legis, & per conſequens de alio poſthumo, vnde ex eo text. nulla ad caſum noſtrum debet fieri illatio: Hoc autem probatur, ibi enim dicitur poſthumos alienos ex ſententia Galli poſſe nobis eſſe hæredes legitimo ideſt hæredes ab inteſtato iuxta tex. in l. 111. §. de illo ff. pro ſocio &

patet

patet ex toto tit. de legitimis hæredibus, sed Gallus hic loquitur, quomodo posthumus possit esse hæres ex tastamento, ergo &c. ex hoc etiam patet quod illa lex loquatur de alio posthumo, alias sequeretur, quod antequam obtineret sententia Galli Aquilij, posthumus qui erat suus tempore mortis, prout est iste de quo loquitur hic Gallus, non poterat succedere ab intestato, hoc est nimis absurdum. Si enim poterat rumpere testamẽtum ut hac l. per totum, à fortiori poterat succedere ab intesta. l. maximum vitiũ C. de lib. pręteritis & sic communis opinio ex eo tex. non probatur: Contrariam opinionem, quòd immò iste posthumur de quo locutus fuit Gallus debeat dici suus. Tenuerunt quidam antiqui prout refert hic Paulus Castrensis in quã etiam iuerunt moderniores. Fundatur autem hæc opinio ex infrascriptis. Primo adducitur text. in §. nunc de l. velleia. inf. eadem lege, vbi dicitur obseruandum esse tempus quo posthumus nascitur, non autem tempus testamenti, sed hoc tempore inspecto posthumus de quo loquitur hic Gallus, est suus ut patet, ergo dicendus est suus & non alienus. Sed profecto ille textus loquitur quoad rumpendum testamentum, dummodo enim reperiatur suus quando nascitur nihil refert, utrum tempore testamenti esset suus vel alienus semper enim testamentum rumpetur per natiuitatem ut ibi dicitur. Nos vero quęrimus quod tempus sit inspiciendum: quo ad denominationem posthumi, unde textus ille nihil facit ad casum quæstionis nostræ. Secundo pro hac opinione ui-

ne videtur casus in §. posthumi quoque inst. de hæred. quæ ab intest. deferuntur, ubi posthumi qui viuo parente nati forent in eius potestate, appellantur sui, at iste posthumus de quo locutus fuit Gallus est huiusmodi, certum est enim quod si fuisset natus viuo auo fuisset in eius potestate, ergo debet dici suus per illum text. sed aduerte ne te decipiat ille text. Ad hoc enim ut posthumus dicatur suus non sufficit eum esse talem, qui si fuisset natus uiuo parente foret eius potestate, vt videtur ibi voluisse Iustinianus. Nam hoc esset nimis absurdum, si enim qui uerè est natus ad hoc ut sit suus non sufficit eum esse in potestate, sed vltra hoc requiritur quod nemo eum præcedat in gradu dicto §. sui de hæred. qualit. & diff. & de hær. quę ab intest. tãto minus hoc debet sufficere in posthumo, qui verè neque est in potestate l. fin. ff. de coll. Bonorum, & propterea attenta veritate nunquam posthumus deberet dici suus hæres arg. l. lege cornelia in fin. ff. testamentis, dicitur tamen suus hæres secuudum fictionem, quia quoad sui commodum habetur pro nato leg. qui in vtero ff. de statu hominum §. pen. inst. de tutelis. Ad hoc autem ut fictio hæc locum habeat, posthumus iste debet esse talis, qui si fuisset natus, foret suus, ut pnta quia foret in potestate & teneret primum locum, non enim debet plus operari fictio quam veritas arg. l. filio quem pater. inf. de vul. & pnpill. & propterea videmus quod leges dum loquuntur de posthumis suis, dicunt esse eos qui si viuo parente nati essent, futuri essent

sui

sui l. posthumo inf. de coll. dicto §. pen. inst. de tutelis, ex quibus apparet respõsio ad tex. in dicto §. posthumi quoque, ibi enim supplendum est ex præcedentibus, alterum requisitum ad suitatem posthumorum, scilicet quod nati non modo forent in potestate, sed etiam tenerent primum locum. At posthumus de quo loquutus fuit Gallus, si foret natus tempore testamenti non teneret primum locum, ergo ille tex. non obstat. Dices tu. Adhuc ille tex. videtur probare opinionem istorum, ibi enim ad suitatem posthumi non consideratur tempus testamenti, sed hoc tantum requitur quòd viuo parente natus futurus esset suus, sed iste posthumus, si natus fuisset viuo auo certè in eius vita fuisset ei suus, præsupponimus enim filium mortuum fuisse viuo auo, ergo iste posthumus debet dici suus: Sed dic ut modo dicam in resolutione huius quæstionis.

Tertio adducitur tex. inst. de bonorũ poss. in princip. ubi testatur Iustinianus ante constitutionem suam de Iure ciuili non potuisse institui posthumum alienum, ergo posthumus de quo locutus fuit Gallus non est alienus, alias mentiretur Iustinianus, cum Galli consilium sit pars Iuris ciuilis. Sed pro responsione considera in re ista quatuor tempora, antiquissimum quando posthumus alienus nullo modo poterat institui, de quo loquitur tex. in dicto §. fin. inf. ead. l. & de bonorum poss. in princip. Antiquum quando omnis posthumus quantumcunque alienus poterat institui de iure pretorio, de quo iure expressam facit mentionẽ Iusti-

Iustinianus in d. princ. de bonorũ possess. & tacitam in §. posthumus autem alienus inst. de legatis. Nouum quando poterat institui posthumus tempore testamenti alienus sed postea futurus suus, etiam de Iure ciuili, & istud fuit tempus Galli Aquilij, quod existimo fuisse posterius Iure prætorio quamuis Doctores sentiãt, contrariũ: nouissimum quando omnis posthumus quantumcunque alienus potest institui etiam de Iure ciuili & hoc fuit tempus Iustiniani prout ipse refert in dicto princ. de Bonorum possess. quibus sic stantibus, responde ad argumentum duobus modis primo quod dum ibi Iustinianus refert Ius antiquum quando posthumus alienus nõ poterat institui de Iure ciuili, non refert se ad constitutionem suam, ut ita includat tempus Galli Aquilij, sed ad ius prætorium ut patet in tex. Sed Gallus fuit post Ius prætorium ut dixi ergo ille tex. non obstat. Vel secundo & melius dic quod Imperator ibi loquitur de Institutione posthumi omnino alieni qui nunquam futurus est suus, ut patet ex verbo illo adire, iunctis his quæ habentur in §. extraneis inst. de hæredum qualitat. & diff. Quem posthumum fateor non potuisse institui ante Iustinianum de Iure ciuili etiam tẽpore Galli Aquilij. Postremo pro hac opinione adducitur text. in §. posthumo quoque inst. de legatis. ponderando illum in duobus locis, primo, Dum in definitione posthumi alieni, dicitur esse eum, qui natus non est futurus suus hæres, ergo à contrario sensu, qui natus futurus est suus, non est alienus. Secundo

B pon-

ponderatur ille tex. dum exemplificat posthumū alienum, in posthumo concepto ex filio emancipato, qui nunquam futurus est suus hæres auo, cū nascatur in potestate patris sui iuxta tex.in §.pen. inst.quibus modis ius patrię potest.sol.ergo secus videtur voluisse in posthumo cōcepto ex filio in potestate, vt scilicet, non sit alienus cum futurus sit suus sublato filio de medio. Aduerte ad intelligentiam illius §. Non intendit ibi Imperator definire generaliter qui sit posthumus alienus, ut patet ex verbo illo testatori, cum certum sit posthumum alienum posse considerari etiam respectu decedētis ab intestato & sic definitio non esset bona, l. 1. §.dolū.ff.de dolo.Quid ergo intendit? Intendit demonstrare nobis, quis est ille posthumus, de quo intellexit lex. antiqua, Dū dixit posthumo alieno non posse legari prout ipse retulit in verb. proximè præced. Posthumus autem de quo loquebatur lex antiqua non erat ille qui futurus erat suus veluti nepos ex filio in potestate. Qua ratione? non quidem quòd non posset iste dici alienus, sed quia legatum factū huic posthumo futuro suo, alia ratione etiam sine hac prohibitione, efficiebatur inutile. Quæ erat hæc ratio? erat ista quia iam erat prohibita institutio huius posthumi tempore testamenti alieni, unde si iste posthumus postea efficiebatur suus, tanquam præteritus rumpebat, testamentum, rupto autem testamento, legatum hac sola ratione efficiebatur Inutil. l. filio prçterito inf. de iniust. rup. & irr. testamento. quamuis hodiè cōseruetur per Auth.ex causa C.de lib.

prxte.

præte. De quo ergo posthumo intellexit hæc lex antiqua? de posthumo alieno qui non erat futurus suus veluti nepos conceptus ex filio emancipato, quo casu legatum factum huic posthumo, non efficiebatur inutile ob eius præteritionem, cum non esset futurus suus, sed ea sola ratione quia posthumo alieno non poterat legari facit tex. in §. affinitatis inst. de nupt. iste est ni fallor verus sensus ad illum tex. Quo stāte ponderationes prædictæ non obstāt ut tu met ipse poteris intelligere. Quid ergo dicemus. Breuiter tribus modis potest in re nostra iste posthumus considerari. Primo simpliciter & absolute, & tunc dico hunc posthumũ ita consideratum, esse suum & non alienũ. Moueor hac ratione, quando considero posthumum simpliciter, Refero me ad tempus postquam est natus dicitur enim posthumus qua si post mortem parentis natus. l. 111. in princ. ff. de iniusto rup. & irr. test. Sed posthumus Galli Aquilij natus est suus ut patet ergo &c. & ita intellige tex. in dict. §. posthumi quoque inst. de hæred. quæ ab intest. ibi enim cõsideratur posthumus postquam est natus: Omnes vero leges quæ loquuntur de posthumo ante Natiuitatem, sunt intelligendæ respectu futuri euētus, quia speratur effici posthumus, prout in simili uides quod in uita testatoris, aliquis dicitur suus hæres dicto §. sui de hæred. qualit. & diff. & tamen viuens non potest habere hæredē. l. necnon C. de capt. dicitur autem suus hæres respectu eius quod futurum erat ut dicit gl. in dict. §. sui. Secũdo potes considerare hunc posthumum, respectu

institutionis sibi factæ secundũ conf. Galli Aquil & tunc dicam quod debeat dici suus, fuit institutus non tanquam alienus, sed tanquã suus ut inf. uidebis, & ita etiam poteris, Tertio loco respondere ad tex. in dicto princ. de bonorũ poss. ut dum ibi dicitur posthumũ alienũ non potuisse hæredẽ institui, nõ cõprachendat posthumũ Galli Aquilij, ex eo quod nõ fuerit institutus tãquã alienus sed tãquã suus. Vltimo potes considerare hunc posthumum, respectu prohibitionis l. antiquæ, dum dicebat posthumum alienũ non posse hæredem institui, & hoc modo consideratus dicetur alienus: & ita procedat cõmunis opinio. Ratio est ista quia lex antiqua dicebat posthumũ alienum non posse instituí, ergo quantum ad hanc l. inspiciemus tẽpus institutionis, ut dicatur suus uel alienus. Qualitas enim adiecta uerbo determinatur secundum tẽpus uerbi l. in delictis. §. si extraneus ff. de Noxalibus. l. Titius. ff. de milita test. & est text. in terminis nostris in l. si quis posthumos §. 1. ver. Sed si hæres supra eod. Non omitto. Nouum quidem & subtile intentum quorundam moderniorum, existimantium posthumum Galli Aquilij, etiam inspecto tempore mortis aui, dicendum esse alienũ, ille enim tãtum (secundũ eos) dicitur posthumus suus qui proprius est testatori filius, neque enim hæc qualitas sui vel alieni quæ datur posthnmo, est illa quam dare solemus hæredibus ut modo, sint sui & necessarij modo necessarij tantum modo uoluntarij nam secundum hoc haberemus etiam posthumum necessarium quod quidem nullibi in Iu-

re reperitur ille igitur in re nostra dicetur posthumus suus, qui est testatori filius, ille alienus qui nō est proprius posthumus testatoris quia non est filius, unde cum posthumus Galli Aquilij sit huiusmodi ideo dicetur alienus & non suus: probat uerò hanc opinionem secundum eos d. §. posthumo quoque ubi dicitur posthumum alienum esse eum qui natus inter suos hæredes (hæc enim est vera litera secundnm eos) testatori non est futurus., posthumus supplent ipsi: Cui sententiæ videntur applaudere uerba tex. nostri (posthumos Nepotes &c.) quasi hi qui sunt Nepotes non autem filij, sint posthumi illi qui olim ante Gallum non poterant institui. sed etsi summa semper fuerit horum apud me authoritas, in hac tamen opinione nullomodo possum acquiescere, destruitur enim ni fallor per tex. in dicto §. posthumo quoq; quocunque modo illum intellexeris, & præsertim sequendo intellectum ipsorum, quo retento si uis hunc posthumum Galli Aquilij esse alienum, incides in hanc sententiam, quod nepos non potest dici posthumus auo, quod quidem est contra tex. expressum in leg. quod si nepotes in fin. ff. de test. tut. & tex. nostrum in princ. Non recedas igitur ab his quæ supra firmaui. Secundo principaliter quæro vtrum iste posth. de quo locutus fuit Gallus sit propriè posthumus, pro cuius euidentia premitte quod omnes hi quorū præteritione testamentum non est a ptincipio nullum, sed rumpitur ex post pacto quia post testamentum efficiuntur sui hæredes, isti habentur loco posthumorū quia

in hoc habent similitudinem cum posthumis & ita intellige tex. in l. posthumorum 1.tit.1.& ideo quando ageremus de alio quam de rumpendo testamento, certum est eis non cõuenire aliquo modo nomen posthumi, qui sint hi, unde gl. magistralẽ in rubr. C.de posth.hæred.inst.& modernos supra in rubr. nostra. Ex his omnibus qui natus est post mortem patris seu illius de cuius hæreditate agitur, sine dubio dicitur proprie posthumus. Tũ quia huic proprie competit Ethimologia posthumi, dicitur enim posthumus quasi post mortem patris natus secundum glos. in dicta l. 111. 1. tit. licet quidam moderniores finxerint ibi qnandam aliam Ethimologiam. Tum etiam quia de hoc habemus tex. expressum in dicta l. 111. Vnde cum posthumus de quo locutus fuit Gallus sit huiusmodi, quia natus est post mortem aui, certum est, cum dici propie posthumum, etiam si consideretur eo respectu quod succedendo in locum filij rumperet testamentum, nam non per hoc desinet dici propie posthumus, ut somniando dicebant hic gl. & Bart. Non enim natus tempore testamenti, non est propie posthumus, quia succedendo in locum filij rumpet testamentum, ut concluderes adhærendo dicto ipsorum, quinimo propter hanc succesionẽ iste nepos qui uerè non est posthumus, sapit in aliquo naturam posthumi ut supra dtctum est. Cum igitur posthumus de quo loquimur, de se sit proprie posthumus, nullo respectu dicendus est improprie arg.l. non aliter de l. 111. Sed dubium est an qui natus est in vita pa-

tris poſt teſtamentũ ſit etiã ipſe proprie poſthumus, ita ut comprehendatur in ſtatutis, in quibus verba proprie ſunt intelligenda.l.111.§.hæc uerba ff.de neg. geſt.& quidem prima facie uidetur dicẽdũ quod ſit Proprie poſthumus. Comprehenditur enim in exhæreditat. l. 111. §. nominatim. 1. tit. 1. nõ obſtante quod ſit odioſa & reſtringẽda.l.11. &l. cum quidã ſupra eod. Item etiã cõprehẽditur in datione tutelæ.l.ſi quis ita.§. fin. ſupra de teſtt. tutel. quæ & ipſa uidetur odioſa propter onus tutelę quod confertur in inuitum, ſecundum Bart. in l. liberorum. 1. de uerb. & rerum ſigni. hinc videmus quod in ea appellatione filiorum non ueniunt nepotes. l. quod ſi nepotes ſupra de teſt. tutela §. fin. inſt. qui teſt.tut. dari poſſ. Quamuis nepotes largo ſumpto uocabulo dicantur filij. l. Iuſto & dicta l. liberorum. de verb. ſign.l.filium habeo ff. ad maced. Accedat tex. in l. poſthumo ſupra eod. & l. poſthumus. 1. tit. 1. Contrarium eſt verius & ita ſe habet communis opinio, quod iſte non ſit proprie poſthumus,per tex. expreſſum in dicta l. 111. in princ. neq; obſtant verba ſequentia in §. ſed & ij quæ uidentur uelle etiam natum in uita eſſe proprie poſthumum,loquũrur enim quãtum ad rumpendum teſtamentum, in quo iſti duo equiperãtur ut ibi, non quod uterq; ſit proprie poſthumus: item probatur hæc opinio ab ethimologia ipſius poſthumi à qua validũ eſt argu. ſaltim vbi non repugnat definitio iuxta notata in l. 11.§. appellata ſupra ſi certũ pet.& l.1.1.de teſtamẽtis: Non obſtãt modo contraria, quia pro reſolutione

conſidera, quód aliquando nomen poſthumi profertur ab alio quã ab eo cuius reſpectu dicitur poſthumus, ut puta à lege vel à tertio & tunc dicam appellatione poſthumi non comprehendi niſi eũ qui natus eſt poſt mortẽ parentis dicta l. III. hinc dico veram eſſe ſententia Bart. exiſtimantis natum in vita quamuis poſt teſtamentum non comprehẽdi in ſtatutis loquentibus de poſthumis. Aliquando vero nomen poſthumi profertur ab eo cuius reſpectu dicitur poſthumus vt puta à patre teſtante vel ab auo, & tunc dico de neceſsitate eſſe improprìandum nomẽ poſthumi, cum enim ille cuius reſpectu dicitur poſthumus adhuc viuat, non poſſumus intelligere de poſthumo proprie ut ſupra dictum eſt, & ita intellige tex. in l. nomen filiarum inf. de uerb. & rerum ſignif. quod enim ibi dicitur appellatione poſthumorum non comprehendi iam natos ſed naſcituros, non eſt ex eo quia iam natus non dicatur poſthumus, quinimo tunc proprie dicitur poſthumus & non ante, ſed illud eſt intelligendum, quando nomen poſthumi profertur in teſtamento ab eo cuius reſpectu dicitur poſthumus; Ratio eſt quia tunc teſtator cenſetur intellexiſſe de eo quem credebat naſciturum poſt mortem ſuam, unde quamuis poſtea natus fuerit in uita, non tamen per hoc tollitur quo in mens teſtatoris, cogitauerit de illo qui nondum erat natus, pro quo vide tex. ad propoſitum in l. Titius § Lucius ſupra eod. & tex. ſecundum communẽ intellectum in l. fi. C. de poſth. hered. inſt. l. III. C. inſtit. & ſubſt. & l. mulier, la gr. in princip. ff. ad trebel-

trebellianum, hæc est igitur ratio, quare in exhæredatione & datione tutelæ, comprehenditur natus in uita post testamentum, hoc enim contingit, ex mente testatoris, quam cum habemus, proprietatem uerborũ non attendimus, l. 111. C. de lib. præteritis l. non aliter de l. 111. & hæc si recte inspicis probantur in dicta l. si quis ita de test. tut. Sed contra prædicta oppono fortiter de l. commodissime supra eod. ubi si testator instituit nasciturum post mortem suam, in hac institutione non cõprehenditur ille qui natus est in uita testatoris, quamuis post testamentum, cuius contrarium esset dicendum attenta resolutione prædicta. sol. quamuis nomen posthumi, proprie, comprehẽdat eum qui natus est post mortẽ, tamen testator instituẽdo posthumum, nõ censetur uoluisse excludere nasciturũ in uita, qui attento præsenti statu, quatenus nondũ est natus, saltim inpropre posset dicĩ posthumus, dicta l. posth. & l. posth. A quando expresse instituit filium si nascetur post mortem, certe opus est vt hæc conditio posita sit ad exclusionem eius qui nascitur in uita, & ita procedat tex. in dicta l. commodiss. Tertio principaliter quæro an testamentum factum secũdum forma Gall. Aquilij, ualeat etiam si filius non fuerit expresse institutus? & ita in effectu, Quæro an per hæc uerba si filius meus me uiuo moriatur, filius censeatur uocatus ita ut testamentum non sit nullum præteritione filii? & quidem uidetur dicendum: quod testamentum ualeat, per textum in lege si ita quis hæres instituatur .ff. de hæredibus instituendis,

qui

qui textum à contrario ſenſu probat, quod legitimo hærede non ſuccedente, admittitur inſtitutus ex teſtamento, & tamen ibi legitimus hæres non fuit poſitus niſi in conditione quemadmodum in quæſtione noſtra: præterea de hoc videtur caſus in leg. cum in teſtamento ff. de hæred. inſtituendis & in leg. ſi mater §.1. 1. de vulg. & puppillari, in l. etiam §. ſi libertus patronum. ff.de bonis libertorũ. quæ iura videntur decidere quæſtionem; præterea videtur probari ex l. multi cum ibi notatis ſupra eod. & l. ſi emancipatus la. 11. ff. de cõtratabulas, vbi probatur ex præteritione per quã non fit filio iniuria, non dari bonorũ poſſ. contratabulas, quæ dari ſolet præteritis. Vltimo videtur probari in hac leg. nihil ſupplendo, & hanc opinionem quod hoc teſtamẽtum valeat, cum filius cenſeatur tacitè uocatus ab inteſtato tenuit Bart. hic & in quam pluribus alijs locis allegatis hic per modernos quam opinionem ſecutus fuit Paulus de Caſtro. Contrariã opinionem quòd immò teſtamentum hoc ſit nullum ex præteritione filij tenuit hic Bald. poſt gl. & indifferẽter alij, pro qua omiſsis ſuperfluis, ineuitabiliter ſtringũt tria iura ad quæ non eſt dare reſponſum, primo. eſt tex. in l. ſi quis eum in fin. ff. de vulg. & pupillari, neque valet ſi dixeris prout ibi dicebat Bart. quòd illa verba (ſi filius uiuo ſe &c.) ſunt verba legis. non quod teſtator ea expreſſerit in teſtamẽto, hoc enim eſt de directo contra illum tex. in illis verbis, (ita fecerit pater &c.) quibus verbis debent omnino iungi uerba quæ ſequuntur, ibi enim

inten-

intendit tex. demonstrare modum quo usus est testator in secundo testamento instituendo hæredẽ ita scilicet, si uiuo se &c. Secundo pro hac opinione est casus in §. idem credendum in fin. & §. etiã si uiuo parere in fin. inf. ead. lege. ubi probatur quod per illa verba si filius, & nepos viuo memoriantur, instituo &c. Nepos est præteritus & rũpet testamentum, nisi expresse fuerit institut. vel exhæredatus. Ad hæc contraria nititur respondere Bartol. in dicto §. idem credendum, quæ responsio varijs modis potest intelligi, ita ut pro comperto habeam, Bart. Titubasse in solutione illorum iurium: videtur primo quod mens Bartol. fuerit hæc. quod ideo ibi nepos rũpat testamentũ tanquam prę̨teritus, quia filius ibi fuerat tantum institutus, vnde substitutio facta de pro nepote cẽsetur facta filio tantum instituto non autem nepoti, ex quo nepos affectus iniuria rumpit testamentum, hic uero nulla fit iniuria filio, cum ab intestato fuerit prælatus nepoti, si ita sensit male quidem sensit. ibi enim pronepos fuit institutus, sub cõditione si vterque præmoriatur. filius & nepos, vnde prælatus est in successione filius nepoti, & nepos pronepoti iuxta tex. in l. cum pater §. pen. ff. de leg. II. & ꝓbatur in §. quidã recte vbi omnes notant. inf. ead. l. si ergo hæc tacita uoluntas, sufficeret in filio, ut testamentum sustineatur, eadem ratione sufficere deberet in nepote, cuius contrarium vult ibi text. Secundo potest intelligi mens Bart. in hunc modum, Ideo nepos ibi rumpit testamentum, quia in testamento, non fuit nec insititu-

ſtitutus nec exhæredatus, neque ab inteſtato vocatus, cum tunc temporis ſuperesſet filius, at in caſu quæſtionis noſtræ filius fuit vocatus ab inteſtato ergo. Sed certè ſi ita ſenſit prout reuera ſen ſit, iſte eſt. Nouiſsimus error peior priori. Dũ enim uult Bart. Nepotem ibi non eſſe uocatum ab inteſtato, ſiue intellexerit de uocatione legis, ſiue de uocatione teſtatoris eſt, erroneum. Quãuis enim nõ uocaretur à principio, ſuperſtite filio, certum eſt eum fuiſſe uocatum ex poſtfacto ſublato filio de medio, iuxta tex. in §. ita demum inſt. de hæred. quæ ab inteſt. def. iũcta l. cõficiũtur ff. de iure cod. ergo attenta ratione Bart. Quemadmodum filius à principio non dicit teſtamentum nullum, ita neq; ſublato filio, deberet rumpere nepos quod eſt cõtra illum tex. & l. poſthumorum 1. tit. pri. Alex. hic viſus fuit interpetrari mentem Bart. in dicto §. idem credend. hoc modo, quod ideo in caſu quæſtionis noſtrę filius cenſetur uocatus ab inteſtato, quia tempore teſtamenti erat de neceſsitate vocãdus, ne ſit nullum teſtamentum quod intendebat condere teſtator: Hæc ratio non militat in nepote qui attento tempore teſtamenti, non erat de neceſsitate inſtituendus, cum tunc filius teneret primum locum, & ideo non cenſetur vocatus, & per conſequens, caſu quo poſtea reperiatur ſuus tanquam prętcritus rumpit teſtamentum ut in dictis iuribus. Sed profecto iſte ſenſus ei peior omnibus: ſi enim hic teſtator imuit ne teſtamentum eſſet inualidum, certè timuit ne ſit inualidum poſt mortem filij, quia uiuo filio non curauit de ualidi-

tate

tate testamenti, Cum mens sua fuerit magis filium succedere ab intestato quam hæredem ex testamento ut fatetur ipse Bartolus sed mortuo filio iam sciebat testamentum fore rumpendum per nepotem, iam substitutum in locum filii dicta .l. posthumorum, ergo attenta hac ratione censendum est noluisse vocare ab intestato nepotem, quemadmodum & filium, neque obstat si dixeris, quod testator non cogitauit de casu futuro sed tantum de præsenti, poterat enim esse quod nepos præmoriturus esset filio & ita non rumperet testamentum dicto .§.] idem credendum & .§. in omnibus, Nam hoc non subsistit ex duobus, primo, quia præsumendum est testatornm cogitasse, filium, præmorirurum nepoti non autem è contra nepotem filio .l. Iulianus .ff. si quis omissa causa testat. ubi glossa; secundo quia si de hac successionem nepotis in locum filii non cogitasset, utique non fecisset mentionem de morte nepotis, sed tantummodo de morte filii, argum. textus in l. si quando. ff. de leg. 1. ex quibus concludo textum in .§. idem credendum esse casum ineuitabilem contra Bartolum. Vna tantum superest difficultas, uidetur enim illa iura posse reflecti contra commuuem opinionem, pro opinio Bart. Nam dum ibi dicitur, nepotem esse omnino instituendum, uel exhæredandū nulla habita mētione de institutione filii, certe uidētur uelle quod in filio non sit necessaria expressa institutio argu. l. cum prætr. ff. de iudicijs. Respōde duobus modis primo quod de institutione filij dictum est

semel

semel in genere in §.in omnibus.1.ead.l.unde non opus erat, ut iternm repetatur. Vel secundo & melius, dic, quod ista lex.intendit demonstrare quomodo testator debeat sibi prouidere respectu futuri euentus, ne agnatione alicuius sui heredis testamentum rumpatur ut uidetur probari in.§.nunc de lege uelleia in princip. & §. fin. uers. Iuliano inf. eadem,l.de institutione enim eius qui tempore testamenti erat suus hæres,non erat opus prouidere, quia res erat clara,cum deheret simpliciter institui alias testamẽtum erat a principio nullum. & ideo de ea non loquitur principaliter hæc lex. quamuis incidenter per transitum loquatur Scæuola in §. in omnibus, qui tex. ultimo loco est casus apertus, pro communi opinione contra Bart. neque ad illum textum ualet responsio sua,dum dicebat, filium in casu nostro esse institutum saltim tacite, cum censeatur uocatus ab intestatio, hæc enim responsio manifeste confunditur ea ratione primo quia, si esset uocatus ab intestato, ergo non institutus, prout requiritur ille tex. & tex. in l. inter cætera inf. eodem, & certe non uideo, quo modo opinio. Bart. possit sustineri, quamuis plerique dicãt eam esse sustentabilem, Habemus enim quod præteritus dicitur ille qui non est nec institutus neque exheredatus.§.eadem iust. de hered. quæ ab intestato, quocunque igitur alio modo seu titulo, fuerit filius in testamẽto nominatus sẽper dicetur præteritus atia, si fuerit uocatus per fidei commissum .l. ita tamen .§. si quis rogatus.ff. ad trebellianum. Minus placet ad illum tex. resolutio Pauli

Ca-

Castrensis, dum dicebat, quod ille tex. principaliter uoluit dicere in casu isto non posse exheredari per rationem quam asignat ibi tex. non autem uult principaliter dicere quod debeat institui, sufficit enim quod non fuerit exheredatus, sed profecto ille tex. principaliter, loquitur de institutione facienda magis, quam de excludenda exheredatione, ut patet ex illo uers. subsequenti, quod non esse necessario &c. qui uersiculus continuatur ad principium dum loquitur de institutione, non autem ad proxime præcedentia, dum loquitur de exheredatione concludo igitur cõmunem opinionem contra Bart. esse ueriorem. Contraria modo non obstant. Ad tex. enim in l. si quis ita hæres. instituatur, omisis responsionibus aliorum, dic clarius, quod a contrario sensu ex eo tex. colligitur, legitimo herede non succedente, heredem institutum, non excludi propter defectum conditionis, non tamen per hoc ibi negatur, posse excludi, alia ratione, scilicet ex defectu præteritionis hęredis legitimi, si poneres, eum esse talem, qui præteritus annullaret testamentum, quia de hoc non erat uis in eo tex. Ad tex. in l. cum in testamento, qui multum uidetur stringere pro opinione Bart. dic breuiter, & aduerte, quod dubitatio tex. erat hæc, an Titius substitutus nepoti excludatur, filio non mortuo uiuo testatore sed existente ei hærede, dubium faciebat reg. l. unice §. pro secundo & §. in princ. c. caducis tollendis, ubi probatur, quod si post duos institutos, Tertius substituatur alteri eorum, ad hoc ut substitutus admittatur satis est, quod

quod non successerit, ille cui erat substitutus, quãuis alter successisset unde, cum in eo text. nepos non fuerit heres auo, videbatur quod substitutus nepoti, purificata conditione substitutionis admittatur. Contrarium ibi dicitur, quod existente, hærede filio, substitutus excludatur, non enim nepos fuit ibi positus in eodem gradu cum filio, ut simul & semel uocētur ad hæreditatem aui, tūc enim procederet tex. in dicta l. vnic. Sed positus est in secundo gradu, unde intentio testatoris fuit, ut existente sibi hærede filio, nec nepos nec Titius substitutus admittatur substitutus enim prefertur coniuncto ut ibi dicitur. Vides ergo ex prædictis quod ad exclusionem Titij substituti, super qua principaliter fundata est illa lex nihil refert an filius fuerit institutus vel non, satis enim est quod pater instituendo nepotem sub illa conditione, si filius viuo se moriatur, noluerit nepotem cōcurrere in successione vna cum filio, quod satis erat ad excludendum Titium substitutū, siue filius sit hęres ex testamento, quia fuerat expresse institutus, siue ab intestato, quia nihil fuisset expressum de institutione filij, & hoc est quod significant in illa verba sunt duo gradus &c. & hæc est ratio quare ibi deinstitutione filij non fit mentio, quod autem iste sit verus sensus & sola dubitatio illius legis, probatur expresse & dicta l. si mater. §. 1, inf. de vulg. & pupillari, quæ lex allegabatur etiam pro opinione Bart. sed dic, ut modo dixi ad l. cum in testamento. Ad tex. in l. etiam. §. si libertus patronum, dic quod uera resolutio est illa quā ani-

animaduertit hic Alex. quamuis eam reiecerit ratione satis leui. Ideo enim ibi patronus potest succedere ex testamento, quamuis filius in eo fuerit præteritus, quia patronus erat de ijs qui poterant succedere ab intestato, quo casu testamentum licet de iuris rigore nullum, reconconualescit de iure prætorio l. posthumus vers. idem credendũ ff. de iniusto rup. & irrito test. & ideo caute illa lex. dicit patronum posse succedere per bonorum possessionem secundum Tabulas, quasi quòd de iure ciuili non posset admitti ad hæreditatem, cum testamentũ esset nullum pręteritio ac filij. Sed huic responsioni, uidetur obstare vnum, propter quòd Allexãder vt dixi eam reiecit: Attenta enim prædicta resolutione, ita demum testator ibi fuisset bene testatus, si fil ius fuisset mortuus viuo se, non autem si filius supe ruixisset patri, sed ille text. simpliciter dicit patronum, non male fuisse testatum, ergo intelligendum est indistincte, siue filius fuerit præmortuus siue non. Accedat secundum modernos, quia secundum hoc, pater non fuisset ibi bene testatus à principio prout sentit, ibi tex. sed ex postfacto, superueniente scilicet morte filij. His tamen non obstantibus non recedas à solutione prædicta quæ vt uides est ipsa ueritas: illa enim lex. hoc tantum intendit, dicere quod libertus bene fuit testatus, quantum ad excludendum patronum à contratabulas ut patet ex uersiculis præcedentibus sequentia. n. &c. Ratio autem quare, quantum ad hæc fuit bene testatus, est ista, quia vel filius non decesit sed superuixit patri, & tunc

patronus omnino excluditur, & succedet filius ab intestato, prout uoluit testator etiam secundum Bart. aut decessit & tunc succedet prout ipse uoluit scilicet per secundum tabulas, & hoc est quod uoluit significare tex. in illis verbis, nam si decesserit. &c. & sic in effectu quatuor prædicta iura quæ uidebantur probare opinionem Bartol. vnica responsione tolluntur, ut dicamus ideo in illis non fieri mentionem de institutione filij, non quia non sit necessaria ad ualiditatē testamenti, sed quoniam ad effectū de quo agebatur nil inter erat an filius esset præteriens uel institutus. Ad tex. in leg. Multi & l. si emancipatus dic quod illa iura loquuntur, quando constat magis expedire filio, quod sit exhæredatus uel præteritus, quā si fuisset institutus, tunc enim fateor quod non datur ei quærela nec cōtra tabulas, cum potius sit ei commodum, & honos quā iniuria, at vbi de hoc non constat, pro ut est in casu nostro, eo ipso quod filius non fuit honoratus titulo institutionis, censetur affectus iniuria ita ut annullet testamētum dicta l. Ita tamen §. si quis rogatus ff. ad trebell. Vltimo non obstat iste tex. hic enim non intendebat Gallus, cumulare omnia requisita ad ualiditatem testmenti, sed tantum docere modum quomodo debeamus instituere posthumos ne nascēdo rumpant nobis testamentum, & sic ut dicebat gl. habuit pro constanti quod præcesserit institutio filij, & hoc etiam fatetur ipsemet Bart. neque poterat hoc negare, cum de hoc sit text. express. in dicto §. in omnibus. Sed huic responsioni uidentur

tur

tur obſtare tria primo tex. in dicta l. ſi mater §. 1. qui uidetur uelle, quod ex hac formula Galli Aquilij, ſint uterq; inſti & filius & nepos, ſed dic quod dum loquitur de filio, habuit reſpectū ad id quod Gallus habuit pro conſtanti quamuis non expreſſerit. Secūdo uidetur obſtare: quia ſi Gallus præſuppoſuit præceſsiſſe inſtitutionem filij, ergo nepos non dicere inſtitutus pro ut in text. in l. 1. inf. de vulg. & pupill. Reſponde ut in gloſ. quod verbum inſtituo eſt generale & compræhendit etiam ſubſtitutionem l. in ratione §. quod vulgo ff. ad l. fal. leg. eo hæredi. §. cum filiæ de vulg. & pupill. Tertio videtur obſtare, quia Gallus inuenit hoc conſilium ne teſtamēta rumpantur natiuitate poſthumorum, ut uidetur probari ex tota hac lege & præſertim ex §. nunc de l. uelle ia in princ. ſi ergo dicis, quod habuit pro conſtanti præceſsiſſe inſtitutionem filij ergo concluderes quod teſtamētum hoc in quo erat inſtitutus filius, eo filio mortuo uiuo auo, poterat rumpi per natiuitatem poſthumi, ſi non fuiſſet prouiſum per Gallū Aquilium, hoc autem eſt falſum, quia, ſi filius eſt mortuus uiuo auo ergo ſtatim teſtamentum factum eſt irritum & nullum. l. 1. in fin. 1. tit. 1. Vnde quod nullum erat rumpi non poterat. l. nam ſub conditione inf. tit. 1. Timore huius contrarij, dicebat Bald. quod de neceſsitate debemus dicere, Gallū habuiſſe pro conſtanti, quod filius fuerat inſtitutus non ſolus, ſed vna cum alio hærede extraneo quo caſu, mortuo poſtea filio in vita teſtatoris, teſtamentum de ſe valebat propter exiſtentiam

cohæredis extraneis, sed tamen rumpebantur per natiuitatem posthumi præteriti: Sed certè istud quod ipse dicit de cohærede extraneo præterquam quod est nimis alienum à mente huius l. in qua de extraneo nullibi sit mentio, videtur etiã confundi in dicto .§. in omnibus, secundum quod inducitur ibi per Paulum de Castro contra Bal. Vnde secundo loco dicebat ibi Paulus & ipsemet Bald. animaduertit secũdum quod refert hic Alexander, quod intentio Galli non solum fuit introducere modũ, ne rumpatur testmentũ prius factũ, casu quo esset de se ualidum, sed etiã ut auus posit habere hæredẽ ex testamẽto, quod non poterat olim cõsequi, stãte prohibitione. iuris antiqui quæ impediebat institutionem huius posthumi. Sed aduerte quia hæc resolutio non est bona, constat enim Gallum uno tantum casu fuisse locutum, scilicet quando filius moriebatur viuo auo, attenta igitur resolutione prædicta, sequetur dicendum, nullo casu Gallum respexisse ad rupturam testamenti quod quidem est contra plures §. huius l. præcipue contra tex. in §. quid si qui. Alijs etiam modis nituntur moderni, tollere hanc difficultatẽ quos non refero cum nullius sint momenti. Dic ergo breuiter quod dum dicitur intentionem Galli fuisse ne testamenta rumperẽtur, intelligitur respectu eius quod eueniebat ante consiliũ suum, quo tempore, dubitans pater de morte filij, & cupiens decedere testatus, filius cogebatur substituere hæredem extraneum, cum non posset substi-

tuere

tuere posthumum nepotem, posthumus postea natus rumpebat testamentum, ne igitur testamenta rumpantur, Gallus inuenit remedium scilicet ut in locum filij, non substituatur extraneus, sed ipse met nepos, & nunc reperio, quod hæc resolutio fuit de mente quorundam modernorum, & est ipsa veritas. Quanto principaliter quæro an prouisio Galli loquens de posthumo nascituro post mortem aui extendatur ad posthumum natum uiuo auo? & quidem uidetur dicendum quod debeat extendi, prouisio enim testatoris facta in unum casum extenditur ad alium l. Iam hoc iure. inf. de vulg. & pupill. l. quamuis C. eod. cum con cord. tanto magis in casu nostro, in quo si non fieret hæc extensio, testamentum rumperetur, ad quod remouendum uenit prouisio Galli, contrarium est veritas quod prouisio Galli non extendebatur ad natos in uita aui, aliud esset dicendum quod lex uellaria quæ uenit ad supplendos defectus Galli Aquilij. ut in §. etiam si parente inf. ead. Dum loquitur in primo capite de natis uiuo auo esset superflua quod est absurdum: Ad reg. l. Iam hoc Iure cum simili. Respondebat Batt. quod ante prouisionem. l. velleię testator non poterat instituere posthumos nascituros in uita, stante prohibitione. l. antiquæ, quæ non permittebat institui posthumos tempore testamenti alienos à qua regula non erat exceptus nisi casus Galli Aquilij, scilicet ut posit institui posthumus nasciturus post mortem aui, in alijs ergo remanebat prohi-

bitio l. antiquæ argum. l. Nam quod liquid. ff. de pen. l. cum concor. Vnde cessat nunc requisita dict. l. Iam hoc iure, loquitur enim quando testator posset sibi in utroque casu prouidere. Sed profecto nos non egemus hac responsione Bart. ea enim attenta sequeretur quod institutio posthumi testamenti tempore sui, de quo loquitur primum caput primi capitis.l. velleię, facta secundum formulam Galli scilicet, si nascatur post mortem aui, deberet extendi ad posthumum natum uiuo auo, sumus enim in casu in quo etiam de iure antiquo, testator poterat sibi in utroque casu prouidere, cū iste posthumus testamenti tēpore esset suus & non alienus, hoc autē est contra tex. in l. commodissime supra eodem ubi institutio eius qui nascetur post mortem non extenditur ad natum in uita, & tamē poterat testator ibi in utrumque casum eum instituere. ex alio etiam confundi tur hæc resolutio Bart. Nos enim non loquimur respectu testatoris, sed respectu ipsius Galli, qui quemadmodum potuit prouidere in nato post mortem, ita quoque poterat prouidere in nato, uiuo auo, vnde attenta solutione Bartol. prouisio Galli debuisset extendi. Alii dixerunt, & parum distat à solutione præcedenti, quod ideo prouisio Galli non extendebatur ad natos in uita, quia erat correctoria. l. antiquę arg. l. pręcipimus C. de appe. & l. Sancimus C. test. quæ resolutio non ualet, falsum est enim assumptum doctorum, Dum dicunt, prouisionem Galli fuisse correctoriam, quinimo

non fuit nec correctoria neque limitatoria, vbi enim inuenerunt isti Gallum Aquilium habuisse auth. l. condende seu corrigende, nisi tantum interpretandę iuxta.l.2 §.his autem leg supra de origine iuris? neque enim inuenio inter sex species iuris scripti de quibus loquitur Iustin.in tit.de iure nat. gentium & ciuili, ullum locum sibi uendicare prouisionem Galli,quem cõstat fuisse ante tempora Augusti, qui consessit iurisc. authoritatem l.condende ut dicitur in §.responsa prud.eod. tit. Dic ergo quod Gallus Aquilius interpretatus est legem antiquam. hoc modo, Cum enim permisisset lex antiqua institutionem posthumi, sui animaduertit Gallus, ex mente eiusdem l, permissam esse institutionem posthumi alieni collatam tamen in casum quo futurus est suus l. in tempus ff. hæred.inst.l.quod sponsæ C.de Donat.ante nupt. & respectu huius interpretationis dicitur hic Gallum induxisse, ut posthumi possent institui. Dices tu hoc est contra tex. in dicto §. fin. inf. ead. l. in illis uerbis (quod nullo iure &c) Respondeo fateor quod antequam ueniret hæc lex ad demonstrandum nobis modum quomodo debeamus instituere posthumos talis institutio non valebat, cum adhuc talis interpretatio ad lege Antiquam, non esset cognita & ita intelligendus est ille tex. Sed & si tibi concederem quod prouisio Galli Aquilii fuerit correctoria, non tamen hæc est urgens ratio obquam non deberet extendi ad casum lege uelleię & sic ad natum in uita aui, quando

C 4 enim

enim sumus in fauorabilibus prout est institutio, & fauor testamenti l. cum quidam supra codicil. & lege vel negare .ff. quemadmodum test. aperiant. etiam in Correctorijs solet fieri extensio iuxta notata in l. si costãte supra solu. matr. & hoc etiam sentit hic Alex. Quidam alij nou quidem leuis opinionis dixerunt, ideo prouisionem Galli non extendi ad posthumos natos in uita, quia non erat eadem ratio, natos enim in uita poterat quidem auus nouo condito testamento facere hæredes, quod non poterat ubi nascebantur post eius mortem, & ideo crediderunt hi, Gallum se restrinxisse ad natos post mortem, cum uoluerit tantum prouidere in casu necessario facit l. 1 11. C. de inno. ff. test. & l. tractabatur supra de milit. test. Sed profecto locus iste decepit graues uiuos, loquitur .n. Gallus de posthumo qui licet tempore testamenti sit alienus, effectus est tamen in uita testatoris suus ut de se patet, potuisset ergo auus sublato filio de medio & alio condito testamento instituere hunc posthumum tam effectum suum quæmadmodum si fuisset natus. Nulla igitur in hoc potest dari ratio diuersitatis inter natum in uita & natum post mortem, & propterea non bene sentiunt hi qui dicunt consilium Galli in casu suo fuisse necessarium, non autem in casu l. velleiæ. hoc enim est falsum ut patet ex supra dictis. Responde igitur præpositæ difficultati, pro ut respondebat hic vltimo loco Bart. ideo enim prouisio Gal-

li loquens de natis post mortem non debet] extendi ad natos in uita quia hoc est regulare ut substitutio in unum casum non trahatur ad alium, quando casus respiciunt personam substituti, ut in quæstione nostra & in l. commodissime supra eod. & l. si pater filium. inf. de vulg. & pup. Ratio potest esse hæc, quia alia quodammodo persona censetur illa quæ nascitura erat post mortem quam ea quæ postea nata est in uita, unde si institutio eius qui nascetur post mortem traheretur ad natum in uita, fieret quodammodo extensio de persona in personam quæ extensio reg. non admittitur l. si quis ita §. si quis cum ignora supra de test. tutela & hanc rationem uidetur sensisse tex. in dicta l. comm. & Bart. hic. Reg. autem contaria leg. Iam hoc iure cum concor. loquitur quando casus respiciunt personam eius cui fit substitutio quo casu non est inconueniens vt qui vocatus est in vnum casum, idem met censeatur vocatus in alium facit l. si titius inf. de vul. & pup. Sed contra prædicta quod immò etiã quando casus respiciunt personam uocati, fiat extensio de casu casum adpono de l. Titius §. lucius supra eod. Quidam in §. & quod si tantum inf. eadem leg. ubi res ista principaliter agitur. Quidam dicebant quod etiam de persona in personam fiat extentio, Nam ut ingenue fatear, hæc non est materia quæ principaliter rehiciat hoc principium, sed sequẽdo uestigia uolui eã incidenter tractare,

rogan-

quando apparet de uerisimili monte testatoris, ut in dicto § lucius, & hoc etiam sensit hic Bart. respondendo ad illum text. & si dixeris, quę est igitur hæc differentia, utrum extensio fiat de persona in personam, uel de causa ad casum, cum semper fieri soleat tantūmodo ex coniectura mente testatoris dicta l. in hoc iure cū simil. Resp. Quādo casus respiciunt personā eius cui fit substitutio, ad hoc ut fiat extensio, non exigimus aliam coniecturam extrinsecam, nisi quod cum uocauerit substitutum in unum casum, eundem censetur uocasse etiam in alium dummodo non appareat de contraria uoluntate testatoris prout dicitur in dicta lege iam hoc iure, at ubi casus respiciunt personam substituti, in dubio non fit extensio, dicta .l. commodiss. nisi aliunde ex aliqua causa particulari, appareat de uoluntate testatoris ut in dicto §. Lucius. Sed iterum oppono quod immo etiam, si nulla alia appareat coniectura, debeat fieri extensio de casu ad casum etiam quod casus respiciant personam substituti, unde argumento de l. fin. C. eodem tit. nostro. Quæ lex ex diametro uidetur repugnare dictæ.l. commodiss. pro reconciliatione horum iurium multum elaborauit gloss. in illa lege fin. prima solutio quam ponit est quod in dubio testator prouidendo sibi in unū casum, censeatur sibi prouidisse in alium, & sic instituendo nasciturum post mortem censetur etiam instituisse nasciturum in uita per illum tex. fallit quando apparet de intentione testatoris,

quod

quod uoluerit sibi prouidere in unum casum tantum vt in dicta .l. commodissime. sed certe debuit nobis ostendere gloss. vnde talis uoluntas contraria colligitur in casu.l. commodissime, hæc igitur resolutio est nimis friuola, cum præsertim regula sit in cōtrarium scilicet in terminis legis commo. & l. si pater filium; Secunda fuit resolutio Bar. & communis quæ licet secundum scribentes veniat ad declarationem præcedentis,sunt tamen inter se longe diuerse immò fere contrarie ut iam iam uidebis, fatentur isti quod in terminis quæstionis nostræ scilicet quando casus respiciunt personam substituti, in dubio non fiat extensio dicta l.commod. & l. si pater filium, fallit quando ex aliqua coniectura appareat de uerosimili mente testatoris, quod si de casu omisso cogitasset in eo etiam sibi prouidisset, vt supra dictum fuit iu casu l. Titius §. lucius, & ita procedat tex. in dicta l. fin.& si dixeris, vnde in eo text. sumitur hæc coniectura?respondent hi, quia ibi testator putabat se incontinenti decessurum cum fortasse esset graui infirmitate oppressus & propterea instituit nasciturum post mortem suam, non quod uoluerit excludere nasciturum in uita, sed potius causa demonstrationis, quia putabat sic omnino euenturum facit optime lex. mulier la. 1. in princ. ff. ad trebellianum. Quæ resolutio notorie diuinat, ad vtramque legem, ideo nullatenus est tenenda, præsertim quia verba quæ sunt in leg. fin. (si intra decem mensium) Innuunt quod testator non cogita-

gita-

girabat se moriturum incontinenti, alias uoluisset quod decem menses inciperent currere statim, & sic non curasset ponere terminum mortis à quo deberent currere dicti menses: Alio modo (omissis alijs) soluebat hoc contrarium gl. in dicta l.fin. quod illa uerba post mortem non determinantur per illud verbum nascentur vel æditi fuerint, ut per hoc uoluerit testator instituere nascituros post mortem sed potius determinantur per illa uerba infra decem menses quasi quod testator posuerat tempus mortis tanquam terminum quendam quem debemus inspicere ad cognoscendum, an posthumus sit natus infra decem menses proximos morti suæ, siue isti menses fuerint ante mortem, uel post mortem nihil refert, omnes enim recte dicentur menses proximi morti. sed aduerte quia fateor uerba illa (post mortem) determinari per illa uerba si infra decem menses, sed quod nihil referat an menses currant ante mortem uel post mortem, non uideo quomodo possis acquiescere, cum immo salua ratione recti sermonis illi decem menses debeant currere à tempore mortis in futurum, & hoc expresse sibi uolunt uerba illa post mortem, quocunque referantur, ut patet lip pis & tonsoribus. Præterea ex hoc intellectu glossæ, sequeretur quod si ille posthumus natus fuerit in uita non termen in decem mensibus proximis morti non censeretur institutus quod quidem est falsum, dummodo enim natus fuerit in uita non attendimus infra quod tempus fuerit natus

quia

quia hoc careret omni ratione ut uolunt omnes in dicta lege fin. Quidam alij dixerunt quod in casu legit commodissime uerba erant clara quod institutio fuit facta in uno casu tantum, at in lege fin. erat ambigua unde intelligenda sunt in partem quæ magis faueat testamento. c. fin. ex. de re iud. l. si pars. ff. de inoff. test. Sed ego non possum uidere in quo consistat hæc ambiguitas cum uerba illa post mortem, clare sonent in tempus futurum: quemadmodum in lege commodissime. Vnde quidã alij dicebant quod in. l. fin. testator sensit de certo posthumo, ergo siue nascatur in uita siue post mortem nihil referr, sufficit enim quod constet de corpore, cum nunc non fiat extensio de persona in personam, at in. l. commodissime non sensit testator de certo posthumo, sed instituit posthumum in genere, unde si includeremus natum in uita fieret extensio de persona in personam quod regulariter non admittitur. Quæ resolutio vltra diuinationem manifestam ad l. fin. destruitur etiam aperte per illum textum ubi testator non sensit de certo corpore, alias non posuisset illam conditionem, si nascetur infra decem menses post mortem suam, nam ex hoc patet sensisse de posthumo in genere, si subtiliter uis considerare. Alij dixerunt quod in lege. commodissime uerba fuerunt posita ad faciendam conditionem unde ea deficiente defuit institutio, ut ibi dicitur, at in leg. fin. verba fuerunt posita ad demonstrandum quod testa-

teſtator intendebat inſtituere eum qui poterat ei eſſe filius ſcilicet qui poſt mortem ſuam naſcetur infra decem menſes iuxta textum in l. inteſtato .§. decem .ff. de ſuis & legit. Dummodo ſit ergo filius teſtatoris , nihil refert an natus fuerit in uita uel poſt mortem , cum falſa demonſtratio non ſoleat uitiare relictum. l. cum tale. §. falsam. ff. de condit. & demonſtrat. & quia fuerunt expreſſa per modum quo tacitè inerant unde nihil debent operari. l. 111. ff. leg. 1. Aduertatis domini quia hæc reſolutio ſapit aliquantulum ueritatem , quamuis ſit multum imperfecta , ſi enim natus in uita poterat eſſe filius teſtatoris, quemadmodum natus poſt mortem infra decem menſes, Quomodo dicis illa verba fuiſſe expreſſa per modum qui tacitè inerat? aut quare teſtator expreſsit tempus futurum poſt mortem ? Hanc difficultatẽ certè non tollit ſolutio præcedens. Dic ergo clarius & aduerte , quod in l. commodiſsime fuit dictum, inſtituo illum ſi naſcetur poſt mortem , quę uerba neceſſe eſt ut excludant caſum contrarium. l. cũ prætor ff. de iudicijs, non enim credẽdum eſt ea fuiſſe ſuperuacua & fruſtratoria. l. ſi quando ff. de leg. 1. Caſus autem contrarius non eſt alius ibi niſi quando poſthumus natus fuit in uita & ideo, tunc ipſe excluditur. At in l. fin. fuit dictum inſtituo poſthumum naſciturum infra decẽ menſes poſt mortem meam , quibus verbis poſſunt aduerſari duo caſus , vnus quando poſthumus natus eſt in uita , qui caſus excluderetur per illa

illa uerba post mortem. Alius casu, est quando posthumus nasceretur post mortem ultra decem menses, Cui aduersantur uerba illa infra decem menses. Videamus modo, quem ex his casibus præsummendum est uoluisse excludere testatorẽ, dummodo enim unus excludatur, verba non possunt dici frustratoria, & quidem credendum est testatorem uoluisse excludere secundum casum non autem primum. Ratio est in promptu, illa cònditio si infra decem menses, non potest censeri à posita ad alium finem, nisi ad exclusionem eius qui non poterat secundum naturam esse filius testatori, alias hæc conditio videtur omnino irrationabilis: uideamus modo quis est ille: qui secundum naturam non potest esse filius testatoris, ille qui natus est uiuo eo, an qui natus est post mortem suam ultra decem menses, & quidem constat esse eum qui natus est post mortem suam post decem menses. Non autem eum qui natus est, eo uiuo, ut probatur in dicta l. intestato .§. post decem.ff. de suis & legitimis, hæc est igitur ratio quare per illa uerba non censetur exclusus ille qui natus fuit uiuo testatore, sed tantum ille qui natus fuit post mortem suam ultra decem menses.

Hic non sunt alia.

IOANNIS BERNARDINI BRANCAE IVRISC.

Ad l. si is qui. pro emptore ff. de usucap.


AE C. lex, vt omnes exordiuntur, in materia est difficillima; mihi vero in textu videtur longe difficilior: pro cuius intelligentia præmitte, quòd cùm captus ab hostibus de iure gentium efficeretur seruus. l. libertas. §. 1. ff. de stat. hom. §. serui. inst. de iur. personarum, Nascebatur ex hac captiuitate duo præcipue detrimenta, vnum principaliter ipsi capto, alterum suis heredibus.
1 Damnum capti consistebat in tribus, primo, quia dominium rerum suarum, & omnia alia iura, quæ habebat antequam caparetur, statim extinguebantur. Quemadmodum enim mors naturalis omnia soluit. §. deinceps authen. de nupt. idem erat in seruitute, & sic in morte ciuili, quæ naturali comparatur. l. seruitutem, & l. quòd attinet ff. de reg. iur. Bona igitur captiui efficiebantur vacantia, & nullius, & per consequens concedebantur occupāti. §. nullius inst. de rerū diuis. l. 1. per totum ff. pro derelict. Secūdo detrimentū capti stabat in hoc, quia reuersus postea ab hostibus non poterat recuperare bona, & alia iura iam extincta, cum reputaretur nouus homo l. si seruus. §. 1. ff. de adim. leg. l. homo. liber de stat. hom. Faciunt ea, quæ de Lazaro dicebat Bart. in l. iura. in fin. ff. de leg. vltimum detrimentum capti erat, quia dato quod reuersus de nouo recuperaret dominium, amittebat tamen fructus, & alias vtilitates perceptas medio tempore dum erat apud hostes, quo tempore cum nullum ius habuisset, nulla ratione poterant ad ipsum reuersum per-
2 tinere: detrimētum vero successorū stabat in hoc,

quòd siue ex test. siue ab intestato nō poterant succedere, si moriebatur apud hostes, nō ex test. quia testamentum, quod prius fecisset, per superuenientē captiuitatem factum est irritum. l. si quis filio §. irritum. ff. de iniust. ac rupt. test. non ab intest. aut enim uis q succedant tempore quo fuit captus, & non poterant, quia viuentis nulla est hereditas. l. nec non C. de capt. vel quod succedant postquam est mortuus, & neque poterant, cum mortuus sit seruus, vnde non potest habere successorem. l. seruus. C. comm. de success. Ad resarciendas huiusmodi iacturas inuentum fuit postliminium, & lex Cornelia. illud prouidet damnis capti reuersi, & ista damno successorum quando decedebat apud
3 hostes: & quoniam damnum capti consistebat in tribus, ideo postliminiū tria operatur, primo suspēdit dominium, & omnia alia iura amissa a capto per captiuitatem. l. 1. §. si pendeat. ff. ad Maced. §. si ab hostibus. inst. quibus mod. ius patriæ pot. soluit. l. illa. Institutio. §. 1. ff. de hered. inst. quæ suspensio fit ad hunc finem, ne dominium capti extinguatur, & sic bona nunc non dicuntur vacantia, & per consequens non conceduntur occupāti, & sic sublatū est primū detrimentū capti per hanc suspēsionem postliminii: eandem operationem suspensionis introduxit lex in morte naturali iura. enim amissa a defuncto suspenduntur, & conseruantur in hereditate iacenti; quæ postea adita hereditate transeunt in heredes. l. Cum heredes. §. 1. ff. de acquir. posses. & ideo nemo dixerit hereditatem iacentē esse bona vacantia, vt per hoc concedantur
 occu-

occupanti, immo occupans tenetur crimine expilatæ hereditatis. Secūda operatio Postliminii est quia vult vt reuersus ab hostibus non cēseatur nouus homo, sed perinde ac si semper fuisset liber recuperet iura ammissa. l. cum duæ, & leg. Postliminium in princ. ff. de capt. & sic sublatum est secundum detrimentum capti. Vltima operatio Postliminij est, quia illa iura quæ retinuit in suspenso dum captus esset apud hostes, eo postea reuerso fingit semper fuisse penes ipsum d. l. Postliminium, & l. retroceditur. ff. eod. & sic sublatum est tertium detrimentum capti, cum vigore huius fictionis recuperet fructus etiam medii temporis. l. Ait Prætor §. item ij. ff. quibus ex caus. maior. Lex autem Cornelia volens prouidere successoribus, fingit hunc qui vere decesit seruus, cūm decesserit apud hostes; decesisse liberum perinde ac si mortuus esset cum caperetur l. in omnibus, & l. in bello. §. si quis capiatur ff. de capt. Ex qua fictione factum est vt omnia quæ postliminium restitueret reuerso, perinde ac si captus semper stetisset in ciuitate, illa eadē per l. Corneliam restituantur successoribus perinde acsi præambula hora captiuitatis decesisset l. bona. §. apparet inf. de capt. Quemadmodum enim in morte vera, & naturali quandocunque quis fuerit heres censetur fuisse heres a die ipsius mortis l. heres quoque sup. de acquir. hered idem dicendū erit in morte ficta, vt scilicet ille qui successerit mortuo apud hostes, censeatur ei succesisse a tempore quo fuit captus. Præmitte vlterius, quod triplici modo possumus rem aliquam posidere animo, & cor-

pore nostro, animo nostro & corpore alieno, animo & corpore alieno. Animo & corpore nostro, quando possidemus per nosmetipsos, in cuius acquisitione requiritur vtrumque & corpus, & animus l. quemadmodum supr. tit. 1. in eius vero retentione sufficit animus solus l. licet. C. de acquir. pos. cũ concord. quæ possessio secundũ dd. dicitur habere multum facti l. denique. ff. quibus ex causis maior, & parum iuris l. possessio quoque infin. prin. sup. tit. 1. habet multum facti, quia vt modo dixi, tam in eius acquisitione, quam in retentione interuenit animus vel corpus, quorum vtrunque est facti. l. bonæ fidei supr. d'acquir. rerum domin. & l. Possessionem pupillus supr. tit. 1. Habet vero parum iuris, quia non sufficit corpus & animus, & opus est vt concurrat adminiculum, & approbatio legis vt patet in seruo, qui licet sit capax eorum quæ sunt meri facti §. sed cum factum. inst. de stip. seru. est tamen incapax possessionis, quia non adest approbatio legis, quæ vult vt ab alio possessus non possit possidere l qui in seruitute infr. de reg. iur. & l. cum heredes. §. 1. supr. tit. 1. & hoc voluit dicere tex. in d. l. possess. quoque. Dicet aliquis, si possessio in se est iuris secundum Bart. & alios quos refert in l. 1. supr. tit. 1. quare ergo ipsemet Bart. hic vult hanc possessionem habere multum facti, & parum iuris, cum immo secundum hoc deberet dici facti, in quo magis præualet arg. tex. in l. quæritur. ff. de stat. hom. Respondeo dum isti volunt hic possessionem hanc habere multum facti loquuntur respectu apprehensionis in qua præualet factum,

cum requiratur animus, & corpus simul; dum vero alibi dicunt eam esse iuris loquuntur de possessione iam acquisita, & in esse deducta, quæ resolutio videtur mihi nimis inepta, lõge enim differt ipsa possessio ab apprehensione possessionis: neque antequã deducatur in esse, potest dici possessio: at leges aperte dicunt possessionem esse facti, non autẽ apprehensionem possessionis. l. 1. §. Scæuola. ff. si quis test. lib. esse & d. l. denique. Tene igitur opinionem illorum, qui dixerunt possessionem acquisitam in se esse facti, quia pendet ab animo possidentis, qui est facti, quamuis vt dixi habeat adminiculum iuris. secundus mod. possidendi erat animo nostro & corpore alieno veluti quando possidemus per colonum seruum uel filium ex causa non peculiari l. 3. §. quod si seruus. & §. saltus, uers. ceterum. sup. tit. 1. quæ possess. quam habeo per seruũ vel filium ex causa nõ peculiari habet secundũ dd. multum facti, & multũ iuris: Multum facti, quia in eius apprehensione requiritur etiam corpus & animus saltẽ ipsius serui. d. l. quemadmodum. Multum iuris, quia huic possessioni non solum lex assistit per approbationem, sed etiam vult, vt acquiratur domino ignoranti absque animo & corpore suo, vt est gloss. com. approbata in l. 1. §. itẽ acquirimus. sup. tit. 1. & videtur probari in §. item vobis. vers. cuiuscunq; enim, inst. per quas personas nob. acqui. in l. 1. C. de acquir. possess. l. quod seruus l. si me in vacuam. §. seruus supr. eod. tit. 1. sed certe
6 si hæc possess. acquiritur domino, etiam ignoranti, nõ video quomodo possimus dicere hanc possessio

nem

nem haberi animo nostro, & corpore alieno, immo habeĕretur animo, & corpore alieno, cum ignorans nullum posſit habere animum posſidendi. Tene igitur contrarium, quod ſcilicet ex cauſa non peculiari non acquiratur poſſeſsio domino ignoranti, prout tenent nō nulli ex modernis in d. l. 1. §. item acquirimus, & de hoc ſunt leges apertæ præcipue tex. in d. §. item acquirimus, & l. tertia §. ſaltus & l. peregre. §. quæſitum, ſupr. tit. 1. neque obſt. text. in l. 1. C. de acquir. poſſeſſ. ibi enim ſumus in procuratore, qui acquirit poſſeſsionem domino ignoranti propter mandatum, per quod cenſetur poſſeſſ. acquiſita ex voluntate domini, prout dicimus in acquiſitis per ſeruum ex cauſa peculiari d. §. item acquirimus. & ſi diceres, ergo quare per procuratorem dominus non vſucapit ignorans d. l. 1. quemadmodū per ſeruum in d. §. acquirimus. Reſpond. quia cum vſucapio proficiſcatur immédiate ex actu ciuili nō ita facile voluit lex, vt nobis acquiratur per liberam perſonam quemadmodum per ſubiectā l. eaque, ciuiliter ſupr. de acquir. rer. dom. neque obſt. text. in d. §. item vobis. ibi enim non dicitur omnium rerum poſſeſsionem acquir. domino ignoranti, quia ſecundum hoc etiam ex iniuſta cauſa acquireretur, quod eſt contra tex. in d. l. quod ſeruus, loquitur ergo ille text. in terminis habilibus, ſcilicet quando ſeruus iam acquiſiuit poſſeſsionem quam nunquam acquirit ſeruus niſi vel concurrat ſcientia domini, vel in peculiaribus: in aliis enim non acquirit poſſeſsionem, ſed detentationem l. ſtipulatio iſta §. hæc quoque infr. de

verb.oblig.ad textum in d.§. seruus quoq. dic quod loquitur de seruo qui habebat mandatum a domino, vtputa in causis peculiaribus: quodpatet, quia in vers. præcedenti locutus fuerat de procuratore, cui postea æquiparatur seruus, sequentia enim declarant præcedentia, & e contra leg. seruum filij §. fin. de leg. 1. vel die quod licet illa lex non distinguat, tamen distinguenda est per leges contrarias l. non est nouum.C. de leg.Postremo non obstat tex. in d.l.quod seruus, ibi enim potius probatur contrarium, quod scilicet nō acquiratur domino ignoranti nisi ex causis peculiaribus præsertim in fin. illius legis. Hoc tantum videtur colligi ex illo tex.in vers. summa cum ratione, quod illud quod ex iusta causa corporaliter seruus tenet,censetur esse in eius peculio:& ratio est, quia si sciuisset dominus, hāc rē esse acquisitā,vtiq. consensisset: ergo est peculiū l. non solum.ff.de pec.hanc ergo possesionē habere multum iuris, cum acquiratur domino ignoranti, profecto est falsum,vt patetex prædictis, nisi in casu l. 1.C.de acqui. possess. Habet igitur illud idē ius, & eandem approbationem, quā illa quam habemus per nos metipsos, in hoc tantum differunt, quod licet possess. quam habeo per metipsum amittatur solo animo meo. l.3.§. in amittenda supr. tit. 1. hoc tamen non habet locum in illa possessione quam habeo corpore alieno, quæ ita demum amittitur si seruus,cuius corpore posideo,fuerit deiectus,vel in alium ttanstulerit possessionem l.peregre.§. quibus explicitis supr. tit. 1. & in l. 1.§. nō alij autem. ff. de vi, & vi arm. quod profecto vide-
tur

tur mirabile, vt non amittatur solo animo meo postquam residet in animo meo: sed rationẽ huius rei, vide per Paul. de Cast. in d. l. 3. §. saltus. vltimo possidemus animo, & corpore alieno veluti per seruum, & filium ex causa peculiari: ita probat tex. in d.l.3. §. saltus, & in l. peregre §. quæsitum in fin. & d.l. quod seruus. Fundatur igitur hæc possess. in animo & corpore serui, non tamen possidet ipse seruus, sed dominus per seruum. d.l.possessio quoque. quæ possess. habet secundum dd. multum iuris, parum vero facti. Multum iuris, quia a iure habet tria, approbationẽ, & existentiam quæ est in omni possessione. Secũdo quia acquiritur, & retinetur a domino etiam ignorãte: vltimo quia ex hac possessione etiam dominus etiam ignorans vsucapit, ut in iuribus præaleg. quod vltimum nõ habet possessio, quam habemus ex causa nõ peculiari secundum omnes, Habet vero parum facti, quia requiritur in eius retentione animus vel corpus serui d. l. peregre §. quibus explicitis. His præmissis uenio ad textum, qui cum sit difficillimus, declarandus est per partes, à principio igitur usque ad uers. quod si seruus, hic est casus. Titius dum esset in ciuitate, emit rem bonafide a Sempronio & sic cœpit illam usucapere, interim captus est ab hostibus. Quo casu certum erat usucapionem fuisse interruptam: illa enim neque à principio, neque ex post facto potest consistere sine possessione. l. sine possess. & l. nam naturaliter su. eod. At per captiuitatẽ possessio fuit amissa. d. l. qui in seruitute de reg. iuris. & l. cum heredes. §. 1. de acqu.

possess.

possess. ergo usucapio statim fuit interrupta, & de hoc non erat dubium, euenit quod post longum tempus infra quod vsucapio potuisset compleri si non fuisset interrupta per captiuitatem, Titius decessit apud hostes, fuit quæsitum, an in fauorē successorum Titii, ista res fingatur usucapta, non obstante quod uere fuerat interrupta. Videbatur dicēdum quod sic: Quemadmodum enim si captus uere fuisset mortuus, præambula hora captiuitatis, hereditas iacens compleuisset usucapionem. l. cœptā. & l. iusto. §. non dum, & l. nunquam. §. uacuum. 1. eodem, idem quoque uidebatur dicendum in eo qui decessit apud hostes, quem lex Cornelia fingit mortuum fuisse tempore captiuitatis, dicta l. in omnibus, quod enim operatur veritas in casu uero &c. Hoc tamen non obstante deciditur contrarium, quod hæc usucapio interrupta per captiuitatem non reintegretur per l. Corneliam mouetur hac ratione: ea tantum: lex Cornelia reliquit heredibus mortuo capto apud hostes, quæ postliminium restitueret capto si ibi fuisset reuersus dicta l. bona. §. apparet. 1. de cap. Absurdum enim uidetur ut plus iuris habeat, heres quam habiturus fuisset defunctus. l. cū heres. ff. de diuersis & temporalibus præscript. at ipsi capto reuerso, postliminium non restitueret interruptā possessionem, & hoc erat clarum: ergo neque lex Cornelia heredibus. & hoc uoluit dicere tex. ibi. (& si ipsi reuerso &c.) Non obstat ratio contraria. habet enim locum quando sumus in uera hereditate iacenti, per mortem naturalem defuncti, quo casu fateor quod si possessio & usucapio

pio

pio durauit usque ad eius mortem, quamuis eo postea mortuo de iuris rigore deberet interrumpi, cũ hereditas iacens non posſit poſsidere dicta l. 1. §. Scæuola, tamen iure singulari receptum fuit ut etiã illud tempus ad usucapionem prosit heredi, ut dicitur in dicto §. non dum. at in casu nostro, hæc usucapio fuit interrupta in uita defuncti, cum in uita desierit poſsidere: unde quamuis postea eo mortuo, apud hostes lex Cornelia fingat eum deceſsisse præambula hora captiuitatis, tamen hoc tempore posseſsio reperitur extincta, & usucapio iam interrupta, & sic non potest amplius resuscitari prout infra dicam in postliminio, & hoc uoluit dicere tex. ibi: sed & uerũ est in uita sua desijsse &c. licet doctores aliter declarent, & non bene: Sed iuxta hanc primam partem legis, quæro principaliter de duobus. 1. Quæ est ratio, quod postliminium non restituat reuerso poſſeſsionem, cum restituat in pristinum omnia iura amissa per captiuitatem perinde ac si semper fuisset in ciuitate l. postliminium in 1. & l. retro creditur 1. de captiuis. In hac re variarunt non modo interpretes, sed etiam uideantur uariasse leges: Quædam enim lex uidetur uelle, quod ideo
8 posseſsio non continetur postliminio quia est amissa: hanc rationem videtur aſsignare tex. in l. cum heredes. §. 1. supr. tit. 1. & l. nostra in hac 1. parte. Quæ ratio non uidetur concludens, quia ea attenta postliminium nihil restitueret, cum omnia per captiuitatẽ fuerint amissa, & postliminium est ius recuperandæ rei amissæ. l. postliminium in 1. 1. de capt. Vnde quædam alia lex uidetur dicere,
Quod

Quod possesio non continetur postliminio, quia est facti. l. denique supr. quibus ex causis maiores & l. in bello §. facti. 1. de captiuis. Sed neque hæc ratio simpliciter accepta, uidetur concludens, cum fictio ut plurimum cadat super facto, fingit enim lex interuenisse traditionem & solutionē quæ sunt facti l. quisquis. C. de donat. l. quamuis §. interdū. ff. ad Velleianum l. quod meo. cum ibi notatis sup. tit. 1. Vnde quædam alia lex uidetur innuere, ꝙ postliminium non restituit possesionem, ne censeatur vsucaptum cum aliena iactura, quod magis est iniquum quā æquum; & ideo non cadit fictio l sciendum. ff. quibus ex causis maiores. Sed neque hæc ratio est concludens. non enim militat in possesione rei meæ, & tamen, neque illa restituitur per postliminium dicta l. cum heredis: vnde Bartolus, recedens à legibus, volens asignare rationem huius rei, introduxit. Post antiquos quosdā terminos, ex quibus penitus fuit inuoluta materia huiuș legis, concludens in effectu, quod in fictione translatiua, quamuis toleretur inhabilitas mediorum, tamen debet esse habilitas: vtriusque extremi ad quod transfertur fictio & extremi à quo incipit fictio: at in possesione, licet extremū ad quod esset habile, quia tempore quo capiebatur posidebat: tamen est inhabile extremum à quo, quia reuersus non statim habet possesionem, quemadmodum libertatem & dominium, & alia quę sunt iuris, secundum veritatem non potest habere statim posesionem, quia illa non acquiritur ipso iure, sed animo & corpore l. quemadmodum supr. tit. 1. se-

cundum

cundum fictionem non habet, quia in hoc 1. capite recuperatiuo lex non intendit fingere, sed fingit tantummodo in translatiuo, vt id quod nunc vere recuperasti, censearis habuisse à principio dicta l. retro. Pro intelligentia prædictorum, reuoco in dubium, an in fictione translatiua requiratur quod sit habile extremum ad quod, vt dicebat Bart. Videtur quod sic, primo per glosam in l. donationes. C. de donat. inter virũ & vxorẽ, & l. 11. C. de In officiosis donationibus, quæ voluit cõfirmationem donationis inter virum & vxorem vel inter patrem & filium, quæ fit per mortem donantis, quãuis retro trahatur ad tempus factæ donationis dicta. l. donationes, hoc tamen est quantum ad fructus, non autem quantum ad dominium, quia eo tempore non poterat transferri, & sic extremum ad quod erat inhabile. & si diceres, glosæ non est credendum, quia eius authoritas non est necessaria, probatur ratione: ea enim tantummodo veniunt in iudiciũ familiæ herciscundæ inter heredes, quorum dominium reperiebatur penes defunctũ tempore mortis l. si quid ff. famil. herc isc. at hæc donatio facta à patre vni ex filijs venit in iudicium familiæ herciscundæ inter fratres dicta l. 11. C. de in officiosis donat. ergo dominiũ huius rei donatæ remansit penes patrem tempore mortis, & sic confirmatio donationis, non facit vt filius censeatur retro habuisse dominium. Præterea in his tantum locum habet falcidia, quorum dominium narciscimur ex ipso testamento, non ex his, quæ aliunde in vita testantis. l. pater filiam in 1. ff. ad l. falcidiã,

at ex hac donatione patris confirmata per mortē detrahitur falcidia. l. in donationibus C. ad l. falci. ergo dominiū huius donationis acquirimus ex ipso testamento; & sic ex nunc, non autem ex donatione præcedenti prout ex tunc. Tene contrarium, quod huiusmodi donationes retrotrahātur quoad dominium pro vt tenuit gloss. in l. sequens quæstio. ff. de leg. ii. & l. sub conditione. ff. solut. per tex. expressum in dicta. l. donat. i. Non obstat contrariū, quia fateor quod dominium huius rei donatæ, acquirimus immediate ex ipso testamento, & vere reperiebatur in bonis patris tēpore mortis: & ideo attenta hac veritate venit in iudicium familiæ herciss. & patitur falcidiam. Cum enim hæc donatio fuisset à principio nulla, inspicimus in ea principaliter tempus quo fuit confirmata, & non tempus quo fuit facta, arg. Notato in l. & quia. ff. de iurisd. omnium iud. At istud dominium per fictionem trahitur retro propter fructus, & alias vtilitates dicta l. donationes, & hæc fuerunt de mente gl. in d. l. ii. Secundò pro hac opinione facit dictum gl. in l. Gallus. §. si eius supr. de libe. & posthumis, vbi voluit quod natus apud hostes per legem Corneliam non fingitur natus præambula hora captiuitatis parentum, quia hoc erat impossibile, ergo ea ratione quia extremum ad quod erat in habile. Sed dic quod ibi gl. inepte loquitur, poterat enim eo tempore capi mater grauida, vt potuerit filius eo tēpore nasci: quid enim si iam erat grauida per nouē menses, & postea filius natus est apud hostes in decimo mēse, certe potuisset nasci tempore captiuita-

 tis

tis iuxta notata in dicta. l. Gallus. in princ. quod igitur lex Cornelia non fingat natum apud hostes, natum fuisse preambula hora capt. non venit ex inhabilitate extremi ad quod, vt glo. existimauit, sed quia lex Cornelia per fictionē intendebat facere vt captus posit habere successores, & ideo fingebat mortuum fuisse preambula hora captiuitatis: hæc ratio non militat in natiuitate. ergo. Tertio pro hac opinione adduco tex. in dicta l. Donationes C. de donationibus inter uirū & vxorē, vbi talis confirmatio nō retrotrahitur ad tempus factæ donationis, si est talis quæ egeret insinuatione, ergo hoc non ex alio nisi quia extremum ad quod erat inhabile; ad idem facit text. in l. obseruare in fine ff. de officio proconsulis. Sed dic, ꝙ non cogitur lex semper introducere fictionem translatiuam, nisi quando subsit aliqua causa rationabilis, qua subsistente non curat an extremum ad quod sit habile nec ne, & propterea in dicta. l. donationes, talis donatio quæ egebat insinuatione, non retrotrahitur quia ibi lex intendebat eatenus confirmare hanc donat. tanquam si fuisset facta inter extraneos, & non vltra, in dicta. l. obseruare, non intēdebat fingere: quia nulla suberat causa rationabilis, vt legatus censeatur habuisse iurisd. ab eo tempore quo ad huc non competebat proconsuli, & hac ratione tolluntur omnia quæ pro hac parte adduci possēt. Pro contraria vero parte, quod immo lex fingat etiam vbi extremum ad quod esset inhabile facit in primis, quia in acquisitis per seruum post captiuitatem ex causa peculiari, fingit lex

post-

postliminio reuersum vsucepisse l. iusto. §. fin. r. eodem cum concordantijs, & tamen eo tempore quo hæ res fuerunt acquisitæ, non poterat, captus possidere & vsucapere cum esset seruus.l.qui in seruitute de reg. iuris. & sic extremum ad quod erit inhabile. Respondet Bart. quod cum lex fingat posthumū reuersum semper fuisse liberum, attenta hac fictione, extremum est habile; poterant enim tunc possidere & vsucapere. Moderni impugnāt Bartolum in hac responsione per tex. in l. cum heredes. §.1. ff. de acquir. poss. vbi nec per fictionem captus, cū ab alio possideatur, potest videri possidere: Sed dic quod ille tex. loquitur pendente adhuc captiuitate, quando adhuc lex non fingit fuisse in ciuitatem, at Bart. loquitur post reuersionem, quo casu cum lex fingat eum semper fuisse liberū, certe etiam in consequentiam fingit eum potuisse possidere, & sic responsio Bart. potest in hoc tolerari, videlicet, quod quando ex fictione quam lex introducit ad aliud, extremum ad quod reperitur in consequentiam habilitatum, possit procedere fictio translatiua: & eodem modo potest respondere i ad tex. in l.1.C. captiuis, vbi filius natus apud hostes, reuersus vna cum patre habet postliminium & fingitur semper fuisse legitimus & liber, quamuis tempus natiuitatis esset inhabile, cum tunc ipse & pater suus essent serui: hoc tamen venit ex eo, quod cum lex restituat patrem & fingat eum semper fuisse in ciuitate, in consequentiam venit quod filius ab eo natus potuerit nasci legitimus: & sic sufficit q habilitas fuerit in principali, quod videtur fuisse de

mente

mente tex. in d. l. 1. ibi quanquã enim &c. Contra hanc responsionem insurgunt moderni. Primò, quia filius natus apud hostes habet postliminium principaliter ex persona sua, nõ in cõsequẽtiam patris, vt videtur probari in l. Apud hostes. C. de capt. melius in l. Ab hostibus, §. nõ minus. ff. ex quib. causis maiores, sed in hoc decipiuntur, & loquuntur contra casum dicte l. 1. omnia enim iura quæ dicunt filium susceptum, apud hostes, reuersum iure postliminij nancisci iura filij, loquuntur reuerso patre & sic ex persona patris habet postliminium, si vero pater ibi moriatur, filius reuersus non nanciscitur iura filij immo censetur Spurius dicta l. 1. in fine ex quo manifeste patet restitutionem filij venire in consequentiam: secundo dicunt ipsi attenta hac responsione Bart. possesio debet contineri postliminio, quia venit in consequentiam restitutionis domini, dato enim quod fingatur fuisse liber, statim sequitur ergo potuit posidere. Sed etiam in hoc decipiuntur, Quod enim possesio non contineatur postliminio venit secundum Bart. ex defectu extremi à quo, in quo extremo non sufficit habilitas in potentia, sed requiritur in actu & in essentia vt hic per eum, & sic vt vides hæc responsio Bart. posset tolerari neque contra Bart. stringit tex. in l. nec emptio ff. de contra. emptione ibi enim extremum ad quod erat habile propter spem fructuum nasciturorum in qua spe potest consistere emptio vt ibi dicitur. in fine. Ad text. in l. si quis offerenti §. Credit. ff. de solutionibus, possumus respondere, quod ibi pater Arrogator censetur quo

 dummo-

dummodo heres filij creditoris, cum succeſſerit ei in vniuerſum ius inſt.de acquiſ.per Arrog in prin. quo attento, perinde eſt ac ſi illa rati habitio facta fuerit à filio creditore, & ſic extremum ad quod ex his reddetur habile. Breuiter durũ eſt cõtra ſtimulum recalcitrare, fateor quod vbi extremum ad qđ habet aliquod impedimentum, non tam facile lex ſolet inducere fictionem tranſlatiuam vt in iuribus pro prima parte allegatis. at vbi ſubeſt cauſa rationabilis, dico quod lex non conſiderat habilitatem extremi ad quod quemadmodum nec conſiderat inhabilitatem medij temporis quia non eſt dare rationem diuerſitatis & hoc intelligo, ſiue ſit inhabilitas, de iure ciuili, ſiue propter impedimentum naturale. Lex enim in fictione ſua non intendit directo mutare factũ, ſed intendit introducere aliquem iuris effectum, perinde, ac ſi aliter eſſet factum: vt probatur in l. poſtliminij ius in princip. ff. de capti; & eſt melior tex. l. ſi exhæredatus. ff. ad Syllanianum: Et certe contra Bart. ineuitabiliter vrget tex. in d. l. Donationes, quam l. oportet intelligere, vt illæ donationes retrotrahantur ad tempus contracti negotij, quo ad ea, in quibus nõ potuerunt valere ab initio, alias hæc retrotractio nihil operaretur & eſſet inutilis: & ſic, ſiue eam intellexerimus quo ad dominium (prout vere eſt intelligenda) ſiue quo ad fructus, ſemper repperies, extremum ad quod inhabile, & hoc non obſtante, lex introducit ſuam fictionem: Neque valet ſi dixeris, quod ibi extremum ad quod erat habile in potentia, potuiſſet enim non eſſe vxor, & ſic tranſ-

ferri dominium tempore donationis. Nam certe hoc est ridiculum; habilitas enim in potentia, intelligitur, rebus sic stantibus, nam terminis variatis, omnia aliter esse possunt, vt de se est notum, & ita dicebat Aretinus, & Bene. Minus valet si dixeris, quòd ibi erat inhabilitas de iure ciuili, non autem de iure naturali, nam de hac inhabilitate iuris ciuilis, loquebatur Bart. Nec in re nostra, quicquã interest, an impedimentum sit de iure naturali, vel de iure ciuili, cum lex non intendat immutare ius naturale, vt supr. dictum est: hanc eandem sententiam, contra Bart. probat. tex. in §. alienus instit. de heredibus instituendis vbi seruus, hereditate iacente factus liber, potest esse hæres, & sic fingitur fuisse hæres à die mortis testatoris l. hæres quoque ff. de acqui. hered. & tamen eo tempore erat seruus, & per consequens extremum ad quod erat inhabile: tene ergo quod supra dixi.

10 Videamus modo de habilitate extremi à quo, an & ipsa requiratur in fictione translatiua, prout dicebat Bart. videtur quòd sic per omnes leges, dicentes, quòd quamuis ratihabitio sequens, retrotrahatur ad tempus negotij gesti. l. fin. C. ad macedonianum, hoc tamen non habet locum quando illud negotium tempore ratihabitionis nõ potuisset geri, cum tunc deficiat habilitas extremi à quo, & ideo non fingitur consensum fuisse tempore negotij gesti. l. bonorum. ff. rem ratam haberi. l. 1. ff. de appellationibus recipiendis. l. fin. §. fin. ff. eod. tit. Scilicet rem ratam haberi: sed dic quòd illæ leges non sunt fundatæ in inhabilitate extremi à quo,

quod patet, quia est dare casus, in quibus, ratihabitio retrotrahitur etiamsi tempore ratihabitionis actus non potuisset geri. l. cum tamen §. 11. & l. si quis offerenti. §. fin. ff. de solutionibus l. licet. ff. de iudicijs: præterea, aut vis quòd in illis iuribus, inhabilitas extremi à quo, nascatur ex defectu consens. & hoc est falsum, cum ibi consensus interuenerit tempore ratihabitionis; aut vis quòd nascatur ex defectu actus, qui tunc temporis non potuisset geri, vt videtur voluisse Bart. & quidem hoc non respicit inhabilitatem extremi à quo, illa enim secundum eundem Bart. non sufficit, quòd sit in potentia, sed requiritur in essentia, at in illis iuribus sufficit quòd sit in potentia, ergo &c. Dic igitur, quod decisio illarum. l. est fundata in lapsu temporis, à quo semel exclusus à iure suo, non potest amplius ratum habere negotium gestum circa ius suũ, quamuis fuerit gestum ante lapsum temporis; & in hoc potest assignari duplex ratio, prima, quia lapsus temporis est potentior ad excludendum aliquem à iure suo, quam repudiatio expressa, vt patet ex notatis in l. 1. C. qui admitti; secũda quia per sequentem ratihabitionem, cursus temporis non potest inualidari cum non dependeat ex facto hominis, & per hoc non obstat. d. l. Cum tamen & l. si quis offerenti. Secundo facit tex. in l. necessario. §. quòd si pendente. ff. de periculo, & comm. rei. vend. iuncta. l. nec emptio. ff. de contrahẽda empt. Sed dic, quòd ibi non valet emptio, quia in contractu conditionali, quantum ad eius validitatem, non inspicimus tempus quo fit, sed quo conditio extiterit,

rit, cum in id tempus fuerit collatus l. si rem meam cum ibi not. ff. de verb. oblig. Tertio facit text. in l. quotiens. ff. de donationibus, & l. cum qui. §. fin. ff. de verb. obl. Sed dic prout dictum fuit in precedenti: eo magis, quia perempta spetie sine mora debitoris, obligatio extinguitur l. quod te. ff. si certum petatur. l. Si ex legati causa. ff. de verb. oblig. ideo igitur in illis iuribus obligatio non retrotrahitur adueniente conditione, quia retrotracta extin gueretur l. Titio cum morietur. ff. de vsufructu legato. Quartò pro hac opinione multum facit l. huic scripture. ff. ad l. Aquiliam, vbi, occiso seruo lega to ante aditam hereditatem, legatum non valet, neque adita postea hæreditate, legatarius fingitur fuisse dominus, prout est regulare l. si tibi homo §. cum seruus. ff. de leg. 1. quod patet, quia si ibi fingeretur fuisse dominus, actio l. Aquiliæ competeret legatario. l. si dominus. §. 1. l. Titio & Seio. cum l. seq. ff. eod. tit. saltim per Cessionem vtilis, postquam directa ab hærede, cui adita hæreditate fuerat acquisita, non posset extirpari l. quis ergo casus. ff. de peculio; hoc autem, quod non fingatur retro fuisse dominus, non potest esse ex alio, nisi quia tempore aditæ hæreditatis, seruus non erat in rerũ natura, & sic extremum à quo erat inhabile. Sed dic altero ex duobus modis. Primo, quòd quantum ad validitatem legati, inspicimus, tempus aditæ hæreditatis arg. tex. in dicta l. si tibi homo. & l. eleganter. §. item si seruum legatum ff. de dolo; Si ergo eo tempore legata res non extat, legatum non valet, sed non per hoc colliges regulam generalem, quòd

nunquam lex fingat retro aliquid fuisse quod hodie non est, vt docuit hic Bart. Secundo, & melius, dic, quòd quando fictio translatiua retrò, inducitur à l. propter aliquem actum exercendum super aliqua re, extincta illa re antequam conficiatur ille actus, de necessitate cessat fictio translatiua: ita est in proposito, quòd enim legatarius fingatur retro fuisse dominus rei legatæ à tempore mortis, venit ex agnitione legati; quæ facienda est legatario in re legata dict. § cum seruus, sed tempore aditionis non est res legata, ergo nulla agnitio, & per consequens nulla fictio introducitur: Postremo facit text. in l. 1. C. de cap. & l. diui. ff. eod. vbi, filius natus apud hostes, reuersus non efficitur legitimus patre ibi mortuo. Moderni dicebant, hoc ideo esse, ne contingat contrarietas fictionum, sed, vt supr. dictum fuit in euidentialibus, istud toleratur, quando fictiones tendunt ad diuersos respectus, prout est in illis iuribus. Sed dic quò ratio illorum iurium ponitur in dicta. l. 1. quia scilicet restitutio filij nati apud hostes, depēdet à restitutione patris, nō à persona propria, cum non fuerit captus, vt dicitur ibi in tex. & supr. dictum est. Pro contraria vero parte, quòd immò non requiratur habilitas extremi à quo, facit tex. in l. quædam in fine. ff. de rebus dubijs & l. in ratione la. 1. ff. ad l. falcidiam. Neque valet resolutio Bart. in dicta. l. quædam, dum dicebat, quòd in illis iuribus, fingit lex aliquid non fuisse, hoc enim est contra. tex. in dicta. l. quædam, vbi fingitur dominium pecuniæ nunc consumptæ fuisse heredis tempore quo credebatur: Neque valet

let si dixeris, hoc venire in consequentiam, cum lex principaliter fingat nunquam fuisse legatarij dicto. §. cum seruus, quo casu toleratur inhabilitas extremorum vt videtur probari in l. pen. ff. de suis & legitimis, illud enim (dato quòd esset verum) intelligitur in his quæ veniunt in necessariam consequẽtiam absque noua fictione vt in dicta l. pen. at in casu nostro adest dupplex fictio, vna quòd nunquam fuerit legatarij dicto. §. cum seruus, sed hæc non sufficit, & ideo adest alia scilicet quòd fuerit heredis dicta l. quædam, quo casu non habet locum dicta l. pen. secundum Imolam hic & recte. Præterea pro hac opinione adducitur tex. in l. proponebatur. §. quibus præmissis. ff. de castrensi peculio, vbi pater iam mortuus, fingitur successisse filio dum viuebat, & sic extremum à quo erat inhabile. Neque valet responsio Bart. in ea. l. Dum dicebat, quòd ibi non fingitur patrem successisse filio, sed bona filij accreuisse bonis patris, hoc enim in idem recidit. Qua enim alia ratione fingitur ibi peculiũ filij accreuisse bonis patris, nisi quia fingitur ei successisse patrem? Alio quidem iure non poterat accrescere vt expresse sentit ibi tex. dum subdit (neque est nouum &c.) & sic illa verba, quæ sunt in eo tex. de bonis patris, intelliguntur eo tempore quo bona erant patris, & sic tempore quo viuebat: Minus valet ad illum text. responsio modernorum, dum dicunt ibi extremum à quo non esse omnino inhabile, quia viuebat hæres patris qui representat eius personam, hoc enim habet locum quando sumus in his quæ transmissibilia sunt in heredes, at

in casu illius l. successio filij non potuit transmitti à patre, cum ei non esset adhuc delata. l. vnica §. in nouissimo. C. de caducis tollendis, vnde ad habilitatem extremi nihil facit existentia hæredis patris vt pobatur in l. si is cui ff. rem ratam haberi iuncta l. 3. §. acquirere. ff. de bonorum possess. Tertio cõtra Bart. stringit tex. ad quem non est dare responsum, in l. si filius familias. ff. de verb. oblig. iuncta l. stipulatio ista. §. alteri. & l. quod dicitur eod. tit. Quarto stringit text. in l. si exhæredatus. ff. ad Syllanianum vbi filius exhæredatus mortuus ante repudiationem heredis extranei, secuta repudiatione fingitur fuisse dominus seruorum patris, & propterea torquendi sunt pro nece filij ex Senatuscõsulto Syllan. Neque valet responsio Bart. in ea. l. dum dicebat quòd ibi serui torquentur tanquam serui patris pro nece filij iuxta text. in l. 1. §. domini. ff. eod. tit. nam ille §. loquitur viuente patre quando filij non erant exhæredati, at ibi filius occisus fuerat à patre exhæredatus, vnde non alias torquẽtur serui nisi post repudiationem extranei, quo casu exhæredatio non tenuit. l. filium. §. sed cum exhæredatio. ff. de bonorum possess. contra tabulas, & sic serui finguntur fuisse filij occisi, & ideò torquentur vt ibi dicitur: prætereà contra Bart. stringit ineuitabiliter tex. in l. si dominus. §. 1. & l. Titio & Seio, cum l. seq. ff. ad l. Aquiliam: Præterea vrget fortiter lex pen. ff. de suis & legitimis, vbi pater reuersus ab hostibus mortuo filio, fingitur eum habuisse in potestate tempore quo moriebatur, & tamen extremum à quo erat omnino inhabile: mors

enim

enim omnia soluit. §. deinceps auth. de nuptijs: dicere quod ibi sumus in his quæ veniunt in consequentiam, prout dicebat Bart. nihil est, cum immò ad hoc vt pater habeat in potestate filium, principaliter requiratur habilitas ex parte vtriusq; & patris, & filij: & quidem attenta hac resolutione Bart. etiam possessio deberet restitui postliminio, cum & ipsa veniat in consequentiam vt de se patet: Præterea stringit text. in l. sed & si quis. §. interdum vers. quid ergo si amisso, ff. de vsufructu, vbi seruus fructuarius fingitur acquisiuisse dominium fructuario, ex causa præcedenti post extinctum vsumfructum, & sic extremum à quo erat inhabile: Neque valet si dixeris illud ibi fuisse decisum de æquitate vt patet in illis verbis (sed Iuliani sentent.&c.) vt per hoc velis concludere, quòd vbicunque lex inducit fictionem translatiuam existente extremo à quo inhabili, hoc tantum procedat de æquitate non de rigore iuris, in qua opinione videntur resedisse hic moderni; illud enim in eo tex. procedit, quia videbatur, extincto vsufructu fuisse acquisitum ius propietario, vt dicebat Marcell. & Mauritius, & per hoc de rigore iuris non videbatur induci debere fictionem translatiuam, vt dici solet in ratihabitione, quæ non retrotrahitur in præiudicium tertij, secundum doctores in dicta l. bonorum. Hoc non obstante, Iuliani sentẽtia fuit recepta tanquam humanior, vt ibi dicitur: at extra terminos illius legis, dicam ex omni rigore procedere hanc fictionem translatiuam: Hoc ipsum aperte videmus in fictione. l. Corneliæ, fingit enim, mortuum apud ho-

stes

stes habuisse successores à tempore quo fuit captus, quamuis esset inhabile vtrumque extremum: Neque valet si dixeris, quod lex Corn. principaliter fingit fuisse mortuum, hoc enim est, nimis ineptum, cum principalis intentio. l. fuerit, nō fingere super morte, sed decessisse liberum perinde ac si præambula hora captiuitatis fuisset mortuus, Postremo si actus factus ab homine tēpore inhabili valet si fuerit collatus in tempus habile. l. in tempus. ff. de hæred. inst. quid, quæso est impedimento, quo minus lex fingat, retrò aliquid fuisse, quod hodie nec est neque esse posset? concludo igitur, ex prædictis, in fictione translatiua, non obseruandam esse habilitatem extremi à quo vel ad quod, sed totū hoc pendere ex subsistentia alicuius causæ rationabilis, qua subsistente non est curandum de habilitate extremorum: Et profectò isti fuerunt termini, magis excogitati ab interpretibus quam à legum latoribus, & ad ostentationem ingenij potius quàm ad indaginem veritatis. Sed & si vera essent hæc, quæ Bart. docuit de habilitate extremorum, ratio tamen, quam ipse affert, non procedit: nam iura quæ dicunt possesionem non contineri postliminio, fundantur ea ratione quia possesio est facti, vt patet ex supra allegatis, ergo non possunt intelligi de apprehensione possesionis in qua requiritur factum, vt dicebat Bart. cum aliud sit possesio, & aliud apprehensio possess. vt dixi supra ad aliud propositum. Tanto magis quia tex. in d. §. factæ, dum dicit, factas causas non posse esse infectas nullo modo potest adaptari ad apprehensionem possessionis.

ſeſsionis, quam non oportebat eſſe infectam, ſi poſſeſsio contineretur poſtliminio, de neceſsitate ergò intelligendus eſt de ipſa poſſeſsione, quæ cum ſemel per captiuitatem fuerit amiſſa, fieri non poteſt quòd non ſit amiſſa vt ibi dicitur. Præterea, attenta hac reſolutione Bart. ſequeretur, quod ſi reuerſus ab hoſtibus, immediate ingrederetur poſſeſſionem quam amiſerat, nunc poſſeſsio deberet contineri poſtliminio, quod quidem eſt ridiculum, & nullibi iure cautum: poſtremo, quid quæſo, intereſt ad inducendam fictionem tranſlatiuam, quod aliquid recuperetur ipſo iure, vel facto hominis interueniente? Debuit ſaltem lex fingere, hanc poſſeſsionem fuiſſe ſemper penes reuerſum, poſtquam acquiſita fuit legitime ſcilicet animo & corpore interueniente, cum nunc extremum à quo repperiretur habile; cõcludo igitur rationem Bart. non ſubſiſtere. Quidam alij dixerunt, poſſeſsionem non contineri poſtliminio, quia per poſtliminium ea tãtum reſtituuntur, quæ amiſſa fuerũt poſtquam captus deductus fuit in præſidia hoſtium quo tempore fuit effectus ſeruus. l. poſtliminium. §. poſtliminio. ff. de capt. at poſſeſsionem, ſecundum eos amiſit captus incontinenti ſimul ac fuit captus & ligatus, quo tempore ſciuit ſe non poſſe accedere ad poſſeſsionem quam habebat antequam cãperetur, quod ſufficit ad amittendam poſſeſs. vt videtur probari. in l. 3. §. labeo. & in l. 1. §. ſi nuntiet ſupr. tit. 1. facit text. in l. 11. ff. de libero homine exhibendo, & de hoc videtur caſus in l. 1. §. non alij. verſ. (idem viuianus) & verſ. (quid dicturi) ff. de vi & vi

armata:

armata: & hoc est qnod (secundum eos) voluit dicere Paulus in illis verbis (sed & verum est eum in vita sua &c.)in vita scilicet ciuili, inquiunt ipsi,hoc est antequam efficeretur seruus & sic ciuiliter mortuus. Hæc ratio manifeste confunditur ex multis: primo quia non est de mente legum, quæ nullam vim faciunt in tempore quo fuerit amissa possessio, sed tantum in eius qualitate, quia est facti: neque iste tex.intelligitur de vita ciuili pro ut isti dicebāt, quia hoc est nimis insulsum, sed de vita naturali,vt supr. eum declaraui in figuratione casus: & hæc sola ratio sufficeret ad confundendam rationem predictam: Præterea falsum est assumptum istorum, dum presupponunt, captum & ligatum amittere possessionē antequā efficiatur seruus,cū immò non amittat, Quemadmodū eam non amictit captus à latronibus.l. ait prętor.ff.quibus ex causis maiores; nulla enim ratio diuersitatis potest assignari inter captū à latronibus,& captum ab hostibus antequā efficiatur seruus: & quidem tex. in d.l. cùm hæredes aperte vult,possessionem amittere captū propter seruitutem, prout idem uoluit iurisc. in l. qui in seruitute de reg. iur. possessio enim, in proposito nostro,tunc amittitur, quando uis fit super re possessa,ut in d.§.labeo & §. si quis nunciet, uel si fieret in personam animo tamen priuandi eā possessione quam habebat, & ita loquitur tex. in d.§. non alij: at quando uis fit in personam non tamen respectu possessionis ,possessio non amittitur ex sola ui dicta.l.ait prętor facit tex.in l.licet.C.de acq. poss. hæc igitur ratio non est bona. Quidam alij dixe-

dixerunt, possessionem non restitui postliminio, quia opus esset fingere medio tempore captum habuisse animum possidendi, ac possessio non potest stare in animo ficto dicto.§. Scæuola ergo &c.quæ ratio nullius est momenti, primo quia præsupponit captum amisisse possessionem, quia amisit animum possidendi, quod quidem est falsum, & inaduertenter dictum, cum immo possessio amittatur ex dispositione.l. quæ uult seruum non posse possidere quamuis habeat animum possidendi. l. stipulatio ista.§.hæc quoque.ff.de uerb.oblig.& dicta l. qui in seruitute & l. cum hæredes: Secundo hæc ratio non ostendit quare possessio non possit conseruari in animo ficto cum in hoc elaboremus; ratio enim quam uidetur assignasse dictus.§. Scæuola dum dicit, quia est facti, non est concludens, cum in his quæ sunt facti, lex plerumque fingat, ut supra dictum fuit. Quidam alij dixerunt.l.habere maiorem authoritatem in his quæ sunt iuris quam in his quæ sunt facti, arg.eorum quæ habentur in l. Assiduis. C. qui potiores in pign. hab. & ideo non habet locū fictio in possessione, quia est facti dicta. l.denique: Sed hoc nihil est: tex. enim in §.factæ abnegat omnino potētiam, at in his quæ sunt facti potest fingere, lex ut supr. probaui: præterea hoc haberet locum quando lex uellet procedere secundum ueritatem, quo casu fateor, posse facilius disponere super iure quam super facto, cum immo nullo modo uere possit mutare factū, at nos loquimur quando lex intendit fingere quo casu eandem potestatem habet in his quæ sunt facti,

quam

quam in his quæ sunt iuris,cum non intendat directo mutare factum ut supra dixi. Vnde quidã alij dixerunt hoc procedere, ex communi regula, quæ uult ut lex disponens q aliquid acquiratur uel amittatur ipso iure non habeat locum in possess. in qua acquirenda requiritur factum.l.fin. ubi gl. C. de sacros.eccl.l. commissa.ff.de publi. Sed hæc ratio nihil est,quare enim leges simpliciter loquentes non trahuntur ad possessionem? quia in ea requiritur factum: istud est in effectu illud idem quod dicebat Bar.laborans eodem morbo: haberet enim locum hæc ratio quando tractamus de ueritate. Alij dixerunt possessionem esse facti, idest iuris naturalis. l. nec seruus iuncta gl.ff.de peculio, & ideo lex in ea se non interponit, cum non posit mutare iura natura.§.pen.inst.de iure nat.Quæ ratio mihi non placet, si enim lex se non interponit in possessione quia est iuris naturalis, quare ergo per seruitutem amittitur? Item etiam si possessio est iuris naturalis, quare ergo facilius non restituitur seruo, qui magis est capax eorum, quæ sunt iuris naturalis.§. sed cum factum inst.de stipulat. seruorum, & dicta l. nec seruus.ff.de pecul. Dices tu, est iuris naturalis in acquirendo quia non acquiritur nisi animo & corpore, at in amittendo est etiam iuris ciuilis, cum amittatur ex sola dispositione legis: ergo incidis in rationem illorum qui dixerunt, ideo possessionem non restitui, quia in eius apprehensione requiritur factum animi & corporis, quam rationem supra ex multis confutauimus. Dic ergo, quòd uera ratio est illa quam posuit Angelus,
quam

quam postea multi sibi ascripserunt: Nam ut supra dixi in euidentialibus, postliminium suspendit iura ipsius capti ad hoc ut postea illi reuerso restituat illa eadem quæ habebat, perinde ac si semper fuissent penes eum, ut in iuribus ibi allegatis, sed possesio non potuit stare in suspenso quia habet plurimum facti, idest requiritur saltim animus alicuius cui adhæreat dicta l. denique & §. Scæuola: fuit ergo captiuitate penitus extincta, unde quãuis postliminium posset reuerso creare nouã possessionem saltim ex noua apprehensione, tamẽ suæ intentionis fuit restituere iura pristina illa eadem, quæ habebat in ciuitate dicta.l.postl.in prin.at possesio cum fuerit penitus extincta illa eadem non potest restitui.l.qui res.§. aream. ff. de solut. factæ enim causæ &c. ideo in ea non habet locum postl. Dices tu immo est dare casum, ubi postliminium restituit diuersum ius ab eo quod habebat in ciuitate ut patet in usufructu qui singulis annis uidetur esse diuersus.l. si usufructus mihi in biennium. ff. de usufr. leg. & tamen restituitur postliminio. l. si ager.l. 11. ff. quib. modis ususfr. amittat.l.ait prætor.§. itẽ ei.ff.quibus ex causis maiores: Respondeo, quod ususfructus esset diuersus si pro usufructu annorum præteritorum restitueretur ususfructus annorũ sequentium.d.l. si ususfructus, at postliminium restituit fructus eiusdem temporis quo erat apud hostes dicto.§.item ei, ergo non est diuersus sed ille idem per captiuitatem amissus, & iure postliminij suspensus & denique restitutus.

12 Secundo principaliter, iuxta hanc primam partem

tem.l.Quæro,an hoc principium habeat locum in possessione quum quis habebat tempore captiuitatis per filium uel seruum ex causa non peculiari, vt scilicet etiam in hac possessione, non habeat locū fictio.l. Corneliæ, & postliminii, quemadmodum certum est non habere locum in illa quam habebat per semetipsum: Glossa in §. factæ, quam secutus fuit Iacobus de Arena, prout refert hic Bart.tenuit partem negatiuam quod principium huius. l. non habeat locum in tali possessione immo in ea habeat locum fictio postliminij, & l.Corneliæ, quod uidetur probari in dicto §. factæ, qui tex. dum loquitur de possessis per seruum tempore captiuitatis, non se restringit ad causas peculiares, intelligendus est ergo generaliter.l. 1.ff. de leg. præstan. cum similib. Præterea hæc opinio probatur ratione, quæ est huiusmodi.. Hæc usucapio incæpta in his rebus,per captiuitatem qua ratione uis, quòd interrumpatur? per ammissionem possessionis nō interrumpitur,cū enim possessio harum rerum retineatur à domino etiam ignorante, ut est gl. communiter approbata in l.1.§.item acquirimus supra tit. primo necessario sequitur hanc possessionē per captiuitatem non fuisse amissam l.Iusto. §. fin.in ratione sui inf. eo. quod etiam uidetur probari in l. peregre. §. quibus explicitis cum ibi notatis. ff. de acqui. possess. ubi dicitur hanc possessionem non ammitti donec seruus non fuerit deiectus: Dices tu quamuis possessio non sit ammissa interrumpitur tamē vsucapio alia ratione quia,scilicet in illa requiritur animus & scientia domini l. prima. C. de acquir.

quir. possess. quæ scientia censetur interrupta per captiuitatem: Ad hoc replicatur quòd satis est sciẽtiam domini interuenisse à principio, quemadmodum dicitur in bona fide, quæ si in principio usucapionis interuenerit procedit usucapio etiam si postea superuenerit mala fides l. unica. §. hoc obseruando. C.de vsucap. transf. Contrarium est ueritas, quòd scilicet in his rebus per captiuitatem interrumpatur usucapio, & per consequens non habeat locum fictio.l. Corneliæ, & postliminij, prout tenuit hic gl. Bart. & communiter alij, quę opinio efficaciter probatur in hac l.in vers. quemadmodũ quicunque enim loquatur iste uersiculus clare pręsupponit nullam in hoc esse differentiam inter res possessas per me ipsum & per seruum tempore captiuitatis ex causa, scilicet non peculiari, Idẽ quoque probatur in l.item ait pretor.§.item ei iuncto. §.seq. supra quibus ex causis maiores; Nam in §. item ei dictum fuerat in acquisitis capto non dari vsucapionem etiam per fictionem postliminij, in §. sequenti excipiuntur causæ peculiares, ergo in non peculiaribus firma remanet regula in contrarium. §. ut autem auth.de non alienandis, aut permutandis cum concord. postremo hæc possessio per captiuitatem euanuit, ergo cessat fictio postliminij, ut in §. factæ & supra declaraui. Quod autem hęc possessio per captiuitatem fuerit ammissa probo sic. Consistebat in animo domini. l.3. §. saltus supra tit.1. Neq; retinebatur à domino ignorante, quicquid in contrarium senserit communis opinio quam supra iustis rationibus cõfutauimus,

F &

& hoc ipsum manifeste probatur in dicta l.iusto §. fin. in uerbis illis (cum necesse esset &c.) quæ uerba si recte ponderabis aperte probant hanc possessionem de qua loquimur per captiuitatem amitti, ex quibus apparet uerba illa(ex causa peculiari) quæ habentur in dicto.§. factæ, esse referenda ad omnia præcedentia,& sic etiam ad possessa tempore captiuitatis,arg. tex.in l. in repetendis de leg.3. & l. talis scriptura de leg. 1. Neque prædictis obstat ultima ratio antiquorum, omissa enim responsione Bart. quæ uere non tollit difficultatẽ, si enim mihi cōcesseris postliminio reuersum fingi semper possedisse, pro ut concedit Bart. certe oportebit fateri fingi etiam usucepisse,cum omnes leges dicentes postliminio non restitui usucapionem fundent se in defectu possess. ut patet ex.l.denique ex. §.factæ,ex principio. l. nostræ, cum similibus. Responde igitur, & dic quòd assumptum istorum est falsum,dum præsupponunt hanc possessionẽ per superuenientem captiuitatem non amitti,quinimo amittitur,ut modo fuit probatum ; Neque obstat tex. in dicta.l.peregre. §. quibus explicitis, fateor enim quod hęc possessio retinetur à domino etiam si non habuerit animum possidendi, cum non amitatur nisi seruus fuerit eiectus de possessione,hoc tamen est intelligendū dummodo dominus sit habilis ad possidendū ut probatur in l.neq; seruus su.
13 eodẽ, Venio nūc ad uers. quod si seruus,in quo usq; ad uers. Macellus est talis casus secundum communem sensum. Pone quòd dum dominus esset apud hostes eius seruus aliquid acquisiuit ex causa peculiari

liari

liari nunquid eo postea reuerso, uel mortuo apud hostes, ipse per postliminium, uel hæredes eius per l. Cornel. censeantur huiusmodi res usucepisse à tempore quo fuerunt acquisitæ; Quo ad fictionē postliminij Iulianus respōdit affirmatiue quod habeat locum, ratió huius responsi ponitur in dicta. l. iusto. & l. pen. 1. de cap. & postl. reuers. non enim debet vsuçapioni esse impedimento captiuitas domini cuius scientia non esset in ciuitate necessaria: quoad fictionem vero legis Corneliæ dubitauit an habeat locum nec ne. Ratio dubitandi fuit hæc: Videbat enim ex vna parte Iulianus omnia quæ postliminium restituit capto, illa eadem per legem Corneliam restitui heredibus dicta l. bona. §. apparet. 1. de capt. & hæc ratio impellebat eum in partem affirmatiuam; Ex altera vero parte videbat quòd si iste captus vere fuisset mortuus tempore captiuitatis, in acquisitis per seruos ex causa peculiari dum hereditas iacebat, vsucapio non inciperet heredibus nisi à die aditæ hæreditatis. l. fin. §. fin. inf. eod. ergo idem à fortiori videbatur dicēdum in acquisitis post captiuitatem domini, & sic post mortem fictam à lege Corn. vt scilicet in acquisitis hoc medio tempore vsucapio non procedat heredi, nisi à die adite hereditatis; absurdum enim esset si plus operaretur mors ficta quam vera arg. tex. in l. filio quē pater sup. de liberis & posthumis. Quamuis autem hic dubitauerit Iulianus, nihilominus ipsemet in dicto §. factæ respondit affirmatiue in his rebus habere locum fictionem. l. Corneliæ quemadmodum locum habet postlimi-

nium per rationem prædictam: Respondendum nunc est ad vltimam rationem quæ fortiter videbatur facere in contrarium, scilicet ad tex in dicto. §. fin. Timore huius contrarij quidam antiqui voluerunt in his rebus acquisitis pendente captiuitate ex causa peculiari vsucapionem non incipere heredibus nisi à die aditæ hereditatis: ad iura quæ videntur velle contrarium scilicet ad text. nostrum. ad l. Iusto. §. fin. ad §. factæ ad l. penu. de capt. respondebat, quòd loquuntur quando patri mortuo apud hostes succedebat filius suus hæres, quo casu ideo talis vsucapio incipit à tempore quo res fuerũt acquisitæ quia fingitur fuisse hæres à tempore captiuitatis: & hanc opinionem refert gloss. hic & in dicto. §. factæ: Quæ quidem est erronea & expresse contra intentionem illarum legum & præcipue contra. §. fin. l. iusto & contra. §. factæ in illis verbis (heredi suo tempore &c.) Quinimo erronea est ratio cui innitũtur in quo aduerte, quod ratio istorũ potest intelligi duob. modis, prim. quod ideo in filio procedit vsucapio quia fingitur fuisse hæres tempore captiuitatis & ita hanc rationem intellexit Bart. Tunc ego contra hanc rationem sic argumentabor; vel loqueris secuudum veritatem & hoc est falsum, cum viuo adhuc patre etiam apud hostes, filius non sit hæres vere. l. nec non C. de captiuis & postl. reu, vel loqueris secundum fictionẽ, & profecto idem est in extraneo qui fingitur fuisse hæres à die captiuitatis, l. in omnibus. infr. de capt. differentia enim inter filium & extraneum reperitur in tempore mortis naturalis, cum filius statim

ipso

ipſo iure ſit hæres, at in extraneo requiritur aditio. l. in ſuis ſupr. de lib. & poſthum. Alio modo poteſt intelligi ratio iſtorum, & credo quod hæc fuerit mens illorum, quamuis eam non bene perceperit Bart. quòd ideo in filio procedat vſucapio à die quo res fuerunt acquiſitæ, quia patre mortuo apud hoſtes à die captiuitatis ſemper fuit ſui iuris dicto. §. ſi ab hoſtibus inſtit. quibus modis ius patriæ poteſtatis ſol. & l. in bello. §. ſi quis capiatur. princ. de captiuis, vnde illud quod acquiſiuit cenſetur poſſediſſe & vſucepiſſe ſibi à principio & ita proprie loquitur tex. quem allegant in d.l. iuſto.§. fin. in fine: ſed certe ſi ita ſenſerunt eſt nouiſsimus error peior priori, attenta enim hac ratione, non eſt facienda vis, quiſnam ſuccedat patri mortuo prout facit. tex. in dicto. §. fin. ſed per quem res fuerint acquiſitæ: item etiam ſecundum hanc rationem vſucapio procederet filio non tanquam heredi patris, ſed tanquam extraneo ex propria perſona, quod quidem aperte repugnat dicto.§. factæ. Vnde ſecundo loco Iacobus de Rauenna & alii quos refert hic Bart. fatebantur quòd poſt mortẽ naturalem hereditas iacens non poteſt inchoare vſucapionem etiam in acquiſitis ex cauſa peculiari dicto. §.fin. at in acquiſitis pendente captiuitate ſecus, vt hic cum concordant. Neque obſtat ſi diceres ergo plus operatur mors ficta quàm vera; Reſpondeo quòd iſtud non venit ex operatione mortis fictæ, ſed propter ſpem quam habet. Lex de reuerſione capti, & propterea voluit. quòd vſucapio inchoetur: ſed hoc nihil eſt, quia ego video

quòd hereditas vera iacens complet vſucapionem inchoatam à defuncto dict. l. Cœptam, quod non eſt in hæreditate captiui quæ interrumpitur vt vidiſti in prima parte huius legis, ergo ſatis friuolum eſt dum dicis quòd propter ſpem reuerſionis hæreditas captiui ſit magis habilis ad inchoandam vſucapionem, quia hæc ſpes militaret etiam in perficienda. Vnde tertio loco Bart. negat aſſumptum quod in acquiſitis poſt mortem naturalem ex cauſa peculiari vſucapio non incipiat niſi à die aditæ hæreditatis, immo incipit ſecundum eum ſtatim vt videtur probari in l. pen. 1. de captiuis in fine, & ſic ceſſat contrarium: ad tex. in dicto. §. fin. reſpõdet poſt gloſam ibi quòd ſeruus ille non habebat peculium in vita domini ſed poſt mortem volebat ſibi de nouo conſtituere peculium, quod non poterat cum peculium non incipiat niſi patiente & conſentiente domino. l. peculium. §. ex his apparet ſupr. de peculio. Sed profecto vereor ne iſtud ſit magis componere legem ex capite proprio. quàm interpretari illam. §. fin. Dic igitur quòd verè in caſu illius. §. vſucapio non incipit niſi poſt aditã hæreditatem etiam in acquiſitis ex cauſa peculiari; ad l. pen. in fine. 1. de captiuis reſponde, quod dum ibi dicitur hæreditatem nõdum aditam augeri per ſeruos ex cauſa peculiari, nõ intelligitur quantum ad vſucapionem inchoandam, tunc enim non diceretur proprie augeri hæreditas, ſed intelligitur quantum ad acquiſitionẽ dominij ſeu alicuius iuris quod poteſt ſuſtineri ab hæreditate iacenti pro vt loquitur text. in l. eius qui in prouincia. ff. ſi certum

tum

tum petatur, & sic similitudo quæ ibi ponitur inter hæreditatem captiui & hæreditatem defuncti, est generica non autem specifica: Dices tu quæ nam est ratio quòd hæreditas capti in his rebus incipit vsucapionem secus vero in hæreditate mortui? Respondeo quia in mortuo vere fuit extinctum peculium cum extincta fuerit voluntas dicta. l. eius qui, hoc autem non militat in captiuitate in qua, propter suspensionem status captiui inductā per postliminium, adhuc censetur durare peculium dicta l. illa institutio. §. 1. ff. de testamentis. Sed quamuis prædicta sint in se vera nihilominus communis iste intellectus ad uers. quòd si seruus nullo modo potest adaptari; confunditur enim ex multis. Primo quia (vt etiam nonnulli animaduerterunt ex modernis) de causis peculiaribus in tota hac lege verbum nullum. Secundo quia in acquisitis ex causa peculiari non dubitauit vnquam Iulianus, immò hæc semper fuit sententia sua quod vsucapio procedat hæredi suo tempore dicto. §. factæ. Postre-
14 mo (& adhoc non potest responderi) debes scire quòd in acquisitis ex causa peculiari vsucapio incipit statim & vere perficitur etiam existente domino apud hostes, de hoc sunt leges apertę ad quas non est dare responsum scilicet. l. pen. 1. de cap. l. in bello §. factæ eod. tit. l. iusto. §. fin. 1. eod. vbi glosa firmat hanc opinionem quāuis Bartolus hic eam reprobet & male: dices tu hoc est contra tex. in l. bona. §. quæ peculiari. 1. de capt. vbi dicitur, quod res peculiares pendente captiuitate domini stant in suspenso ergo videtur quòd interim non currat v-

sucapio: Respondeo, vsucapio interim à seruo perficitur ita vt prior dominus iure suo priuetur prout manifeste probatur ex prædictis iuribus, sed eatenus hæc vsucapio dicitur stare in suspēso, quatenus adhuc ignoramus cui veniat acquirendā, ipsi si fuerit reuersus, an eius successori si ipse apud hostes decesserit, & ita procedit. §. quæ peculiari: ex quo intelligis postliminium in his rebus non solum habere locum in primo capite recuperatiuo, vt nonnulli crediderunt, sed etiam in capite translatiuo; fingit enim dominium acquisitum pendente captiuitate per vsucapionem seruorum, semper fuisse penes reuersum: Dices iterum, in rebus peculiaribus possessio ciuilis remanet penes dominum, sola detentatio reperitur in seruo. l. possessio quoque supr. tit. 1. l. stipulatio ista. §. hæc quoque. ff. de verborum oblig. Dominus non potuit possidere ciuiliter cum esset seruus dicta l. cum hæredes, & l. qui in seruitute, vsucapio non perficitur nisi ex sola possessione ciuili. l. acquiritur in fin. ff. de acqu. rerum dominio scribentes in l. 3. §. ex contrario ff. de acqui. possess. Quomodo ergo dicis, existente domino apud hostes vsucapionem procedere secundum veritatem? Timore huius contrarii quidā iuerunt in contrariam sententiam; dicentes quòd interim vsucapio non incipiat sed eo reuerso vel mortuo fingatur semper fuisse possessum & vsucaptum, quam opinionem secutus fuit. Bart. Sed vltra quod horum sententia aperte repugnat iuribus præallegatis, confunditur etiam ratione irrefragabili, Si enim dicis quod ex istis rebus acquisitis pendente

dente captiuitate ex causa peculiari, nunquam fuit nata possessio ciuilis apta ad vsucap. certe neque eo reuerso postliminium fingeret vsucaptum text. est expressus in dicta. l. iusto. §. fin. in illis verbis (cum prius necesse esset vt quod vsucaptum &c.) facit tex. in dicta l. fin. §. fin. ff. eod. Vnde quidam alij dixerunt hic esse casum specialem in quo ex sola detentatione seruorum procedit vsucapio, quamuis regulariter non procedat nisi ex possessione ciuili: sed hoc est refugium miserorum. cum l. de hoc loquentes non se fundent in hac specialitate immò velint hanc vsucapionem procedere eodem modo quo procederet si captus staret in ciuitate dicta l. iusto in fin. & l. pen. ff. de cap. Alij ergo dixerunt hanc possessionem ciuilem stare penes seruos, existente domino apud hostes: sed certe quocunque isti se vertant, incidunt in casum dictae l. possessio quoque. Dic igitur quod possessio ciuilis stat in suspenso quemadmodum alia iura in quibus non requiritur animus capti postquam haec possessio retinetur etiam ab ignorante & de hoc est text. express. in dicto. §. quae peculiari: Vsucapio igitur remanebit eodem modo in suspenso pro ut remanet possessio ex qua perfecta fuit vsucapio. Stante igitur hac opinione quae vt vides est ipsa veritas, iste vers. quod si seruus non potest intelligi de acquisitis ex causa peculiari, hic enim dicitur reuerso capto intelligi vsucaptum; ergo inspecta veritate nō fuit vsucaptum, & ita etiam haec verba interpretatur ipse Bart. Dic igitur (& hoc etiam excogitatum fuit à quibusdam ex modernis, & originaliter ab

eccel-

lentiſsimo Iuriſcōſulto Andrea Alciato) quòd iſte verſic. quod ſi ſeruus loquitur in acquiſitis poſt captiuitatem ex cauſa non peculiari, quo caſu volebat Iulianus, quòd quamuis interim vere non currat vſucapio, poſtquam in iſtis rebus dominus non vſucapit ignorans, & ſic ceſſat ratio quæ eſt in peculiaribus, quia tamē poſſeſsio potuit acquiri à ſeruis, cum acquiratur domino ignoranti vt eſt communis opinio vt ſupr. dixi, poſtliminium debet fingere reuerſum vſucepiſſe, quia ceſſat nunc impedimentum poſſeſsionis ſeu eius defectus, ex quo impeditur fictio poſtliminij dicta l. denique. In fictione. l. Corneliæ dubitauit Iulianus per rationem quā ſupra dixi declarando communem ſenſum. Sequitur modo verſ. Marcell. qui vſque ad verſ. quemadmodum habet quinque intellectus. Quidam enim dixerunt Marcellum voluiſſe fictionem. l. Corneliæ & poſtliminij nunquam habere locum in vſucapione, non diſtinguēdo an res poſsideatur per ſe ipſum vel per alium, & ita etiam intelligebant text. in dicto. §. factæ ibi Marcellus ſcribit: Hæc opinio eſt contra hunc verſ. Marcellus in verbo plenius: Vnde quidam è conuerſo dixerunt Marcellum voluiſſe in omni poſſeſsione habere locum fictionem. l. Corneliæ & poſtlim. & ita etiam intelligebant illum. §. factæ: Quæ opinio non placet, quia verſ. Marcellus ſecundum communem literam loquitur tantummodo in fictione l. Corneliæ prout loquitur tex. in dicto. §. factæ, tanto magis quia ſequentia non poſſent adaptari ſi dixerimus Marcellum voluiſſe, habere locum vtramque

fictionem

fictionem vt modo videbis: alij vt Hugo, dixerunt Macellum voluiſſe quòd lex Cornelia tantum habeat locum tam in poſſeſsis per ſe ipſum, quàm in poſſeſsis per ſeuum & ita contradicit ſecundũ eos Iuliano, non in eo quod dixerat in uerſic. præcedẽti, ſed in printipio. l. dum loquebatur de poſſeſsis per ſeipſum, quæ opinio Marcelli ſecundum eos fuit approbata a Paulo, quod ſcilicet lex Cornelia habeat locum in quacunque poſſeſsione per rationem dubitandi quam formaui in principio huius l. Certe quatenus iſti uolunt hanc ſententiam Marcelli fuiſſe receptam à Paulo, eſt erroneum & contra text. expreſſum in dicto §. factæ vbi aperte hæc Marc. ſententia reijcitur, quatenus etiam volunt quod Marc. hic contradicat princip. huius l. mihi non placet, tum quia eſt ueriſimile, hoc referendũ eſſe ad verſ. proxime præcedentem, tum etiam quia ſecundum hoc neceſſe eſſet fateri opinionem hanc Marcelli non approbari, quod in hoc text. eſt abſurdum ut infr. declarabo. Quarto loco quidam minus antiqui ut Raph. Cum & Rom. dixerunt Marcellum hic in nullo contradixiſſe Iuliano, ſed tantummodo confirmaſſe illud de quo dubitarat in uerſ. præcedenti: quod ſcilicet in acquiſitis ex cauſa peculij locum habeat etiam lex Cornelia. Qui intellectus mihi non placet, tum quia præſupponit, uerſ. præcedentẽ loquutum fuiſſe de rebus peculiaribus, tum etiam quia ſtãte hoc ſenſu ad uerſ. Marcellus non eſſet dare ſenſum aliquem ad uerſ. quem admodum qui ſequit. unde ultimo loco Bart. dicebat, Marcellum contradixiſſe Iuliano, in hoc quod

Iulianus

Iulianus dubitauerat an fictio leg. Corneliæ habeat locum in acquisit. ex causa peculiari, subdit Marcellus: quod de hoc non debebat dubitare cum lex Cornelia habeat locum in acquisitis post cap. etiam ex causa non peculiari. Qui intellectus est in se bonus quamuis aliqua ex parte imperfectus. Dic ergo quod Marcellus in hoc uers. uult duo. Primo reprehendit Iulianum quatenus dicebat in acquisitis ex causa non peculiari post captiuitatem domini habere locum postliminium, immò non habet locum secundum eum. Secundo uult, quod in talibus rebus licet non habeat locum postliminium, habet tamen locum, Lex cornelia, & sic plenius accipiebat legem Cornelia, quàm postliminium, quamuis Iulianus e contra, plenius postliminium, quam l.
16 Corneliam. Sequit. modo uers. Quemadmodum qui vsque ad uers. Nam hæred. intelligitur duobus modis, Primo, presupposito in uers. Marcellus intellectu Bar. quod scilicet uoluerit Marcellus, in acquisitis post capt. ex causa non peculiari habere locum fictionem. l. Corn. Contra hoc, Iulianus siue Paulus, in uersic. Quemadmodum arguit tali ratione si ipse captus fuisset reuersus, non fingeretur iure postliminij usucepisse, acquisita per seruũ ex causa non peculiari post captiuitateu, quemadmodum nec fingeretur usucepisse ea quæ possidebat per se ipsum uel per seruum ex causa non peculiari tempore captiuitatis ut in principio. huius legis. Quemadmodum enim plus iuris habere posset, in his quæ serui egerunt post captiuitatem ex causa non peculiari, quàm in illis quæ posidebat tempore

pore

pore captiuitatis: supple tu, si hoc est absurdum in postliminio, ergo absurdum quoq; erit in l. Corne. ut scil. Lex Cornelia habeat locum in acquisitis post captiuitatē ex causa non peculiari, cum certū sit non habere locum in possessis tempore captiuitatis per seipsum uel per seruum ex causa non peculiari ut in prima parte huius legis, ergo contra Marcellum qui uolebat Corneliam habere locum in talibus rebus. Domini iste intellectus ad uers. Quemadmodum, non potest subsistere, primo, quia illa dictio enim non patitur ut iste uers. Quem admodum ueniat ad impugnationem uers. Marcellus, immo uenit ad eius confirmationem, redendo in eo rationem ut uides. praeterea uers. Quemadmodum tendit ad postliminium: Non autem ad legem Corneliam de qua in hoc uers. nulla fit mētio, est ergo de necessitate intelligendus, quod in hoc uers. Iurisconsultus arguat contra aliquem, qui uolebat, postliminio reuersum habere plus iuris in his quae serui egerunt post captiuitate, quā in possessis tempore captiuitatis. Secundus intellectus est praesupposito in uers. Marcellus. secundo intellectu quod scilicet Marcellus uoluerit fictionem legis Corneliae & postliminij habere locum in omni possessione. Sequitur modo idē Marcellus in uers. Quemadmodum, uolens probare, quod in omni possessione debeat habere locū postliminium. Argumentans sic. Tu mihi concedis quod in his quae serui egerunt id est acquisiuerūt peculiariter habet locum postliminium ut in uers. quod si seruus, secundum communem sensum: ergo

ergo idem debemus dicere in possessis per seipsum uel per seruum extra causam peculiarem: Quemadmodum enim plus iuris habere potest in illis peculiaribus quam in istis? quasi dixerit nulla potest assignari ratio diuersitatis. Iste intellectus est peior priori, primo, quia vt supr. dixi Marcellus non fuit loquutus de postliminio sed tantum de l. Corn. præterea hoc argumentum Marcelli esset nimis ineptum, differentia enim inter causas peculiares & alias patebat lippis & tonsoribus cum in illis vsucapiamus etiam ignorantes; præterea secundum hũc intellectum necesse esset exponere illa uerba egerunt, scilicet peculiariter, quod est falsum, cum in tota hac lege nulla fiat mentio de causa peculij, vt supra dictum est, & ex contextu huius uers. manifeste apparet: quod ex vna parte ponuntur possessa tempore captiuitatis siue per se, siue per seruum ex causa nõ peculiari, ex altera acquisita post captiuitatem, eodem modo ex causa non peculiari. Dic ergo quod in hoc uers. Marcellus reprehendit Iulianum. dum in uers. quod si seruus dixerat in acquisitis post captiuitatem ex causa non peculiari habere locum fictionem postliminij. argumentans sic: Si in rebus possessis tempore captiuitatis, siue per se siue per seruũ ex causa non peculiari nõ habet locum fictio postliminij, ergo qua ratione uis quod habeat locum in acquisitis post captiuitatem, quarum possessionem nunquam habuit captus? potius enim dicendum esset contrarium, per regulam l. patre furioso de his qui sunt sui vel alieni iuris: & hoc uoluit dicere tex. (quemadmodum &c.) in quo
uides

uides, caute Marcellum, dum loquitur de acquisitis post captiuitatem, nullam facere mentionem de possessione, sed tantum dicit egerunt. Simili fere ratione uisus est uti Papinianus cōtra hanc eandem sententiā Iuliani in dicta l. Iusto. §. fin. dum dixit, quod in acquisitis post captiuitatem extra causam peculiarem non inchoatur usucapio secundum ueritatem, & ab hoc nemo dissentiebat, subdit postea contra sententiam Iuliani. (Neque iure postliminij usucaptum intelligitur cum necesse sit, ut quod usucaptum diceretur possessum foret) quasi uoluerit dicere, ad hoc, ut fingatur usucaptum necesse est, ut prius esset possessum l. sine possessione sup. cod. sed hic nunquam fuit possessum, quinimo etiam si fuisset uere possessum, captiuitas interrumpisset usucapionem, ergo. Sequitur modo uers. Nam hæreditatem, qui usq; ad finem etiam ipse habet duos intellectus prout uers. precedens. Primo, præsupposito in uers. quemadmodum primo intellectu, quod ibi Paulus reprehenderit Marcellum, quatenus uolebat, in acquisitis post captiuitatem ex causa non peculiari, habere locum fictionem l. Corneliæ. Sequitur modo idem Paulus in uers. nam hæreditatem occurrens tacitæ responsioni, quæ potuisset fieri pro Marcello; poterat enim dicere, fateor, quod postliminium non habeat locum in acquisitis ex causa non peculiari, siue ante captiuitatem, siue post, non tamen sequitur ergo neque debet habere locum l. Cornelia, cum in l. Cornelia militet quedam spetialis ratio, quæ non militat in postliminio, l. enim Corn. fingit captum apud hostes de-

functum,

functum decessisse præambula hora captiuitatis, & per consequens ab eo tempore iacuisse hæreditatem, hæreditates autem solent repreſentare personam l. hæreditas in multis supr. de acqui. rerum dom. quemadmodum ergo si fuisset persona vera fuisset possessum, & usucaptũ idem dicendum erit in persona ficta. Huic responsioni replicat Paulus, quod hæreditates sustinent vicem personæ in his quæ sunt iuris, in quibus non requiritur factum hominis d.l. hæreditas, at in possessione, quæ est facti non sustinent vicem personæ. d.§. scæuola, quo intellectu præsupposito hic debet esse in fine litera negatiua, quæ secundum glos. est communis litera.
Iste intellectus non placet, quoniam presupponit in uers. præcedenti contineri reprehẽsionem Marcelli à Paulo, quod nullo modo potest sustineri ut uidisti. Secundus intellectus est, præsupposito in uers. præced. secundo intellectu, quod scil. ponantur ibi uerba Marcelli intendentis probare postliminium habere locum etiam in non peculiaribus, Nunc sequitur idem Marcellus adducens rationem, quare debeat etiam habere locum lex Cornelia, ratio est quia l. Cor. ut dixi, inducit hæreditatem iacentem, hæreditas iacens repreſentat personam, ergo ideo in omni possessione debet habere locũ fictio l. Corneliæ. Quo intellectu presupposito debet hic esse in fine affirmatiua, quæ in vetustis plerisque exemplaribus reperitur secundum modernos. Iste intellectus, quod Marcellus uelit probare in omnibus rebus habere locum legem Corn. non est uerus, tum quia uers. Marcellus restrinxerat se
ad

ad acquisita tantum post captiuitatem, tum etiam quia secundum hoc necesse esset dicere hanc sententiam Marcelli in hoc text. non fuisse receptam, cum ea expresse reprobetur in d.§.factæ,quod quidem ego nullo modo possum tolerare, cum sit nimis extraneum dicere quod Paulus nihil voluisset concludere. Dic igitur quod in hoc vers. Nam hæreditatem, loquitur Marcellus, intendens probare, quod in acquisitis post captiuitatem ex causa non peculiari habeat locum fictio. l. Corn.mouetur tali ratione. Nos videmus quod aliquando lex dat priuilegium hæreditati iacenti, vt representet vicem personæ quoad perficiendam vsucapionem d. l. cœpta infr. eod. cum cōcordantib.ergo l. Cor.quæ fingit hæreditatem iacētem,est accipienda plenius, ut scilicet fingat eo tempore quæ iacuit hæreditas fuisse vsucaptum:& si dixeris priuilegium hæreditatis iacentis habet locum in usucapione inchoata à defuncto,non autem in ea quæ incipit ab ipsa hæreditate d. §. post mortem. Respondeo hoc esse verum quādo tractamus secundum veritatem, nos uero sumus in casu, in quo vere hæreditas iacuit post mortem naturalem, quamuis lex Cornel. ob conseruandam succesionem fingat defunctum decessisse præambula hora captiuitatis, unde attenta ueritate, recte possumus dicere hæreditatem iacentem non cœpisse de nouo usucapionē, sed inchoatam vsucapionem continuasse uigore fictionis antequam captiuus decederet, & sic antequam hæreditas vere iacuisset. Dices iterum si l. Corn. non habet locum in possesis tempore captiuitatis ex cau-

ſa non peculiari vt in princ. huius legis, tanto minus debet habere locum in acquiſitis poſtea arg. l. patre furioſo. ff. de his qui ſunt ſui, uel alieni iuris. Reſpondetur quando captiuus poſsidebat dum caperetur, poſſeſsio cœpit iam dependere à perſona ipſius, unde effecto ipſo poſtea ſeruo poſſeſsio fuit extinta, & per conſequens lex amplius eam non reſuſcitat d. §. factæ. At quando poſſeſsio fuit poſtea quæſita, nunquam cœpit habere dependentiam à perſona ipſius capti, & ideo facilius lex fingit eam ſemper fuiſſe à principio penes ſucceſſores, argu. eorum quæ habentur in l. 3. §. fin. de lib. & poſth. & propterea omnes leges, quæ dicunt poſſeſsionē non contineri in fictione l. Corn. & poſtli. fundant ſe in amiſsione, & interruptione poſſeſsionis, ut patet ex hac l. in princip. & ex d. §. factæ, & l. deniq. Dices iterum ergo attenta hac ratione idem dicendum eſſet in poſtliminio, vt ſcilicet in acquiſitis poſt captiuitatem habeat locum, hoc tamen eſt falſum, ut d. l. Iuſto. in fin. Reſpōdeo quod fingatur reuerſus vſucepiſſe, neceſſe eſt, ut prius fingatur poſſidiſſe, ſed iſta poſſeſsio fuiſſet iam interrupta per ſuperuenientem captiuitatem, dato quod vere captus poſſediſſet, ergo propterea ceſſat fictio poſtliminii, cum etiam in acquiſitis poſt captiuitatem militaret ratio interruptionis, & hoc uoluit dicere Papinianus in d. l. Iuſto in fin. ibi (vt quod uſucaptum diceret) quæ ratio non militat in fictione. l. Corn. in qua ſufficit quod fingatur heredem cœpiſſe vſucapionem à die, quo res fuerunt acquiſitæ, tunc enim ceſſat ratio interruptionis. Ecce igitur caſum

in quo non ualet argumentum de postliminio ad l. Corn.cnm militer diuersa ratio, quam differentiam posuit Papinianus in d. l. Iusto, quæ lex quamuis loquatur in filio, extende tamen ad seruum, vt hic fecit Marcellus, & patet ex prædictis. *Finis.*

IOANNIS BERNARDINI BRANCAE IVRISC.

Ad l. Ita stipulatus. ff. verb. oblig.

Incertitudo quæ ratione adiuncti, potest certificari, an & quando vitiet dispositionem. num. 1
Dispositio, de se certa sed ratione adiuncti incerta, an & quando valeat. num. 2
In certitudo qualitatis duplex, & an & quando vitiet num. 3.
Quid de incertitudine quantitatis. num. 4
Quid de incertitudine corporis seu substantiæ. num. 5
Homo recipit fines á natura num. 6. & an incertitudo hominis vitiet. num. 9
Fundus recipit fines à uera voluntate patris familias nu. 7. & an talis incertitudo vitiet nu. 10. & quid si disponens habebat fundos in patrimonio. n. 11.
Quid de domo an recipiat fines a mera volũtate patris familias n. 8. & an eius incertitudo vitiet. nu. 12.
Quid de incertitudine loci an vitiet dispos. num. 13
Quid de incertitudine personæ num. 14. remissiue
Incercitudo temporis an uitiet quando constat disponentem habuisse animum adijciendi diem. num. 15
Dies quando dicatur omissa per errorem. num. 16



RO intelligentia huius legis & eorum quæ late tractata fuerunt per interpetres, in tribus præcipue erit nobis elaborandũ. Primo, an & quando dispositio vitietur propter incertitudinem. Secundo an & quando stipulatio pœnalis vitietur propter dafectum principalis. Ter

tio

tio & vltimo stipulatio uel quæ libet alia dispositio concepta sub conditione negatiua, quando committatur vt ex ea nascatur obligatio. Circa primum distinguendi sunt tres casus principales, primus est quando dispositio de per se considerata est incerta: sed per relatione adiuncti posset certificari, veluti si quis simpliciter promiserit alimenta dotem quæ inspecta conditione personarum possent reduci ad certitudinem, vel si promiserit pecuniam ad opus facendum, quæ promissio posset certificari attenta qualitate operis, quo casu communis opinio interpretum videtur residere in hoc: quod regulariter talis incertitudo vitiet ac si dispositio esset omnio incerta: cuius præcipuum argumentum suemitur ab absurdo vitando: Si enim dixerimus incertitudinem quæ ratione adiuncti posset certificari, nunquam uitiare dispositionem, sequeretur quod nulla stipulatio, nullumque ligatum propter incertitudinem uitiaretur, stipulatio enim nõ ualet nisi in ea subsit causa l. 11. §. circa. ff. de doli. except. ergo attenta causa posset certificari; eodem modo legatum fit propter benemerita l. nec adiecti. ff. pro socio, attentis ergo benemeritis omne legatũ reduceretur certum, cum autem hoc sit absurdum, necessario fateri cogimur, quod dummodo dispositio de per se sit incerta parum prodest, quod possit certificari ratione adiuncti, nisi in quibusdã causis specialibus ut in relicto ad refectionem uiæ l. quidam testamento. ff. de l. 11. ad studium aliquod adipiscendum. l. Stichum de leg. 3. vel ad alimenta. l. si cui. ff. de annuis legatis, vel denique

probet quod profecto uidetur mihi nimis æquum vt si quis legauerit pecuniam ad aliquod opus faciendum talē legatum valeat propter benignam interpetrationem quæ viget in testamentis. l. In testamentis. ff. de reg. iur. Neque obstat si diceres ergo legatum, quamuis incertum semper valeret, cum certificari posset ex benemeritis, propter quæ semper præsumitur factum dicta. l. nec adiecit. Ad hoc enim respondetur quod quamuis legata fieri soleant propter benemerita, non tamen cō mensurari solent cum benemeritis, immo propter aliquod benemeritū solet fieri pinguius legatū & hoc probatur si recte intueris in d. l. nec adiecit, & probatur ex eo quod propter inimicitias legatū reuocatur. l 3. ff. de adimendis legatis quod non esset si cum benemeritis soleret commensurari iuxta tex. cum ibi notatis in l. Attilus Regulus. ff. de donationibus, benemerita igitur non sunt ea ex quibus certificari posit legatum incertū, cum præsertim millies uideamus, legari absque quod precesserit aliquod benemeritum, si vero sumus in cō tractibus tunc crederem quod talis incertitudo vitiet prout sentiunt doctores præterquā in dote vt in dicto §. gener & idem possess. dicere in alijs causis fauorabilibus vt in alimentis, in refectione uitæ. quod profecto magis est æquum quam quod repetiatur iure cautum non tamē recedas ab eo propter
2 authoritatem tantorum patrum. Secundus casus principalis est contrarius præcedenti quando dispositio de per se considerata est certa sed ratione adiuncti facta est incerta, exemplum erit si testator

reliquerit

reliquerit certum fundum secundum conditiones, vel fines quas promisit se declaraturum, nunc enim non declaratis conditionibus vel finibus legatum quod de se erat certum, nunc reperitur incertum ignoramus enim quas conditiones uel fines fuisset expressurus testator, quo casu vel hæc certificatio omissa est per errorem ut puta quia testator putabat se iam declarasse fines & ideo omisit, & tunc dispositio reditur nulla ita intellige text. in l. quotiens. §. tantundem ff. de hæredib. inst. hoc etiam probatur in hac prima parte huius legis secundum communem intellectum, præsupponendo: scilicet, quod ista stipulatio sistendi in certo loco, de per se sit valida absque quod adijciatur tempus ut præsupponunt communiter doctores per text. in l. de die. ff. qui satisdare cogantur, & tamen quia antequam partes interponerent hanc stipulationem ; egerant inter se vt exprimeretur certa dies, si postea illa dies fuit omissa per errorem, stipulatio vitiatur, licet alias si non præcessisset iste tractatus ualeret, argum. text. in d. §. tantundem. (sed de vera intelligentia huius l. videbis infra. Si vero certificatio non fuit omissa per errorem, & tunc vel constat quod disponens habebat animum certificandi prout cogitauerat, sed morte vel alio impedimento præuentus non potuit ; & idem quod actus præcedens est nullus dicto. §. tantundem secundum alium intellectum glosæ facit text. in leg. si is qui. ff. de test. vel denique certificatio non fuit omissa nec per errorem, nec per aliquod impedimentum, sed ex mera voluntate, & tunc dispositio

valet

valet, quia præsumitur disponētem recessisse à priori uoluntate qualificandi dispositionem, & sic remanet ualida prout erat & iste est casus l. cum pater. §. uicos. ff. de leg. 2. & l. pen. C. de instit. & substit, quæ præsupposito in hac leg. communi intellectu quem sup. dixi, ita concordanda sunt cum prima parte huius legis videlicet, quod in illis iuribus non interuenit error, hic vero interuenit: ex qua cōcordia sequitur limitatio ad hāc e legem, vt non habeat locum quando dies de qua cogitauerunt contrahentes, fuit omissa non per errorem sed ex mera voluntate, tunc enim stipulatio remaneret valida ac si nullus tractatus præcessisset deponenda die per illa iura, ex quibus intelligis, quantum inepta sit, (pace tanti viri sit dictum) resolutio Bart. dum opponit de illis iuribus contra text. videt illam. Tertius & vltimus casus est quando dispositio est penitus incerta quia nullum subest adiunctum cuius ratione possit certificari & hæc est materia nostra in qua distingue sex incertitudines: prima, est incertitudo qualitatis; secunda, quantitatis, tertia, corporis seu vt doctores dicunt substantiæ: quarta, loci, quinta, personæ, sexta, & vltima temporis. Circa primam incertitudi-
3 nem sciendum est, quod in proposito nostro reperitur duplex incertitudo qualitatis, vna quæ reperitur in rebus iam productis vel producendis à natura, vt est illa quæ reperitur in rebus consistentibus pondere numero & mēsura, in quarum promissione nō fuit expressa qualitas, & hæc incertitudo clarum est quod non vitiat quia de hoc est text. in

l. 3.

l. 3. ff. de tritico uino & oleo legato & in l. si quis argentum in princip. C. de donat. Secunda incertitudo qualitatis est in rebus producendis facto hominis veluti si promisero tibi ædificare domum nõ adiecto, cuius qualitatis seu formæ, & in hoc casu licet sit aliqua disceptatio inter doctores, veritas tamen est quod talis incertitudo uitiet nisi ex aliquibus coniecturis, colligi posset qualitas de qua senserit contrahẽtes vt patet ex adductis per Alex. in l. qui insul. in prin. supr. eodem faciunt ea quæ infra dicemus in incertitudine corporis: Secunda incer-
4 titudo erat incertitudo quantitatis quo casu sine dubio dispositio uitiatur vt in hac l. in princip. cum concordantijs, quod intelligo habere locum etiam de iure canonico, cum non reperiam dispositum in contrarium quicquid dixerit hic Alex. post alios quos refert, qui uoluerunt, nunquam incertitudinẽ de iure canonico vitiare, quia æstimabitur arbitrio boniuiri, quorum opinio mihi uidetur erronea nõ enim est nostrum componere Canones qui tam facile decrepent a iure ciuili. Tertia erat incertitudo corporis seu substantiæ, vt puta quia promissus fuit fundus homo vel equus nõ adiecto nomine, & hic aduerte vt omnia complectaris distingue, aut actum fuerat inter cõtrahentes, quod exprimeretur certum corpus, & postea fuit per errorem omissus, & tunc dispositio vitiatur per hunc text. ita sentit gloss. in uerbo nomine in solutione ad text. in l. qui ex pluribus supr. eodem. Certe quod dicit gl. est in se verum: quãdo enim aliquid omittitur per errorẽ semper dispositio uitiatur, etiam si alias per

illam

illam ommißionē non vitiaretur vt in dicta l. quotiens. §. tantumdem de hæred. inst. & supr. dixi, sed quod iste text. præsertim dum loquitur de incertitudine corporis, loquatur quando præcesſit iste tractatus de exprimendo certo corpore est, falsum, immo, loquitur simpliciter quocunque modo fuerit omissum vt inf. videbis, si uero de hoc nihil fuerat actū, sed simpliciter fuit promissum corpus incertum, & tunc vel incertum de certis, vt puta quia dictum fuit promitto tibi unum ex fundis vel seruis quos habeo, vel promitto tibi fundum Seianum cum haberet plures fundos Seianos & tunc valet tam vltima voluntas quam stipulatio l. qui duos & l. apud Iulianum. §. scio. ff. de leg. i. & l. qui ex pluribus supr. eodem. Si uero fuit incertum de incertis ut puta quia simpliciter fuit promissus fundus, & tunc uel constat, quod disponens sensit de corpore certo; & si quidem apparet de quo dispositio, valet tam in ultimis uoluntatibus ut l. legato generaliter uers. si de certo. ff. de leg. i. quam in contractibus arg. text. in dicta l. triticum facit tex. in l. cum quid. ff. si certum petatur. Si uero non apparet de quo & tunc secundum Bart. contractus uitiantur, quia deficit factum, cum non posſit apparere de quo ut dicitur in l. duo sunt Titij. ff. de testam. tutela, & hoc secundum eum est de mente glosæ in dicta l. cum post §. gener. Dices tu: secundum hoc in casu huius legis, ubi secundum communem intellectum cōtrahentes senserunt de certa die ponenda in stipulatione, quocunque modo fuerit omissa siue per errorem siue non stipulatio debet

irritari

irritari, cum non possit apparere de qua senserint contrahentes, hoc tamen est falsum quia dummodo hic dies non fuerit omissa per errorem valet stipulatio licet contrahentes senserint de certa die & appareat de qua vt dixi supra, super declaratione l. pen. C. de instit. & substit. ego uidetur quod præcedens dictum Bart. non sit verum aduerte ergo ne æquiuoces. Lex ista secundum communem intellectum loquitur quando contrahentes egerunt deponenda certa die in stip. futura, vnde si postea absque errore omiserunt illam diem, stipulatio valet, quia præsumitur cōtrahentes recessisse à primo tractatu deponenda die & voluisse vt stipulatio remaneat simplex absque die, at hoc dictum Bartoli loquitur quando in ipsamet dispositione, disponens licet loquutus fuerit generaliter, tamen sensit de certo corpore, cum ergo de isto corpore non appareat, stipulatio reditur nulla, etiam si incertitudo istius corporis esset talis quæ alias non vitiaret, nam adhuc vitiabit in hoc casu quando contrahentes senserant de certo & non apparet de quo, ratio est quia posset valere in alio quam in eo in quo cogitauerant contrahentes argum. text. in l. sed si ante. ff. ad trebell. & sic in hoc casu non posset cadere illa presumptio quod videantur partes recessisse à priori voluntate. Si vero sumus in vltimis voluntatibus & testator senserit de certo corpore tunc valet despositio etiam si esset talis incertitudo quæ alias vitiaret dicta l. legato generaliter vers. si de certo & l. si quis filio. §. si plures. ff. eodem, & dicto. §. scio l. apud Iulianum, ratio est quia ad hæredem specta-

ſpectabit declarare voluntatem de qua non apparet poſtquam eſt certum ſenſiſſe de certo, vt hic per Bar-tol. & ſic vide quam varios effectus producat ſecundum Bartolum diſponentem ſenſiſſe de certo in vltimis voluntatibns, & in contractibus: & licet in ſupradictis cum Bartol. Tranſeat communis opinio vt per Alexan. in dicto. §. ſi plures: tamen contra prædictam differentiam inter contractus & vltimas voluntates facit hæc ratio: ſi conſtat contrahentes ſenſiſſe de certo corpore & non apparet de quo, in contractibus interpretatio ſpectabit ad promiſſorem quia pro eo verba dubia intelliguntur lege ſtipulatio iſta. §. in ſtipulationibus ſupra eodem, ergo non debet vitiari; quemadmodum nec vitiatur, vltima voluntas nam tunc demum vitiatur quando conſtat contrahentes diſſenſiſſe alias ſecus le. inter ſtipulat. §. 1. ſupra eodem facit text. in leg. quotiens ſupra eodem, & per hanc rationem Alexan. in dicto. §. ſi plures videtur reſidere: contra Bartol. quod ſcilicet vbi contrahentes ſenſerunt de certo etiam contractus non vitientur.

Quemadmodum nec vitiatur vltima voluntas: & profecto hæc ratio Alex. videtur prima facie ſatis cludens, & in totũ deſtruire prædictã differentiam quam Bart. intendit conſtituere inter contractus & vltimas voluntates, quamuis hic videtur per tranſiſſe cũ eo. Aduerte quia iſte locus eſt difficilis: qđ
5 diſponens ſenſerit de certo & non appareat de quo poteſt contingere duobus modis, primo quando expreſsit nomen propium corporis, ſed illud nomen

com-

competabat pluribus ut puta promittit stichum & erant plures stichi, fundũ Seianum, & erant plures fundi Seiani, hic proprie disponẽs dicitur sensisse de certo ut uult ipsemet Bart. in dicto §. si plures in princ. Secundo modo dicitur disponens sensisse de certo quando non expressit nomen propium sed per aliqua indicia apparet quod uoluerit intelligere de corpore certo, quamuis non appareat de quo & iste modus colligitur ex gl. magna circa finem in dicta l. legato generaliter. Si ergo nos sumus, in primo casu quando expressum fuit nomen propium, si quidem illa corpora eiusdem nominis erant in patrimonio disponentis ualet tam legatum ut in dicto. §. si plures & dicto. §. Seio, quam stipulatio ut in dicta l. qui ex pluribus, & ratio est quia tunc dicitur relictum incertum de certis, ut supra dixi, & sic credendum est Bart. hoc non negasse alias pessime fuisset loquutus, si vero ista corpora non erant in patrimonio disponentis, & hic est maius dubium, quia re uera omnes leges loquentes de hoc videntur non sine aliquo misterio præsupponere quod corpora erat in patrimonio disponentis, ideo hic distingue ut dicam in casu sequenti. Secundo casu quando non est expressum nomen propiũ sed tamen apparet quod disponens senserit de corpore certo, si quidem est tale corpus cuius incertitudo non solet vitiare nec contractus nec vltimas volũtates, vt puta quia promissus fuit, homo ut inf. dicam non video quid huic promissioni, noceat quod cõtrahentes senserint de certo, licet enim nõ appareat de quo erit tamen in potestate promisso-

ris hoc exprimere dicto. §. in stipulationibus & l. ueteribus. ff. de pactis, tanto magis ne actus pereat dicta l. quotiens & sic puto hac in re Alex. optime loqui, contra Bart. Si uero est talis incertitudo quæ solet vitiare ut puta quia promissus est fundus iuxta ea quæ infr. subijciam, hic stat maius dubium, an si appareat quod disponens senserit de certo licet non appareat de quo actus posit sustineri, Bart. ut uidisti uult quod vltima uoluntas sustineatur per tex. expressum in dicto uer. si de certo, & per rationem suam quàm modo dixi, contractus vero uitientur & hoc per ratione prima facie nimis concludentē, quemadmodum enim vitiaretur quando contrahentes non sensissent de certo, eadem ratione debet vitiari quando senserunt de certo sed non apparet de quo cum hæc duo paria sint, dicta l. duo sunt Titij: neque aliud voluit Alex. in dicto §. si plures. ibi enim dum Alex. loquitur contra Bartolum intelligitur, quando expresserunt nomen propium ut patet expresse ex verbis suis respondendo ad gl. in dicto. §. gener. neque argumentum suum de dicto §. in stipulationibus habet locum in hoc casu, cum ille tex. loquatur præsupposita validitate stipulationis, quo casu fateor quod stipulatio dubia est interpetranda contra stipulantem ut ibi dicitur, at in casu de quo querimus, contendimus stipulationem esse inualidam per rationem prædictam, unde non expedit quærere contra quem sit interpetranda, attenta enim hac ratione Alexandri nunquam stipulatio deberet vitiari ratione incertitudinis dato quod non sensissent de certo, quod tamē est falsum

vt patet ex prædictis: his tamen non obstantibus contrarium puto de iure verius quod dũmodo cõtrahentes senserint de corpore certo valeat stipulatio etiam in casibus in quibus non valeret vt in promissione fundi, cum enim hoc reperiatur cautum in vltimis voluntatibus dicto vers. si de certo, idem dicendum erit in contractibus, cum regulariter valeat arg. de vno ad aliud. l. seruum filij. §. eum qui chirografum. ff. de leg. 1. cum præsertim in casu nostro sit eadem ratio vt modo videbis. Sed dices tu qua ratione quod disponens senserit de certo & nõ appareat de quo, propterea debet validari actus qui alias si de certo non fuisset cogitatum esset nullus? Respondeo tu debes scire quod nunquam voluit lex vt incertitudo corporis vitiet actum nisi quando ex tali incertitudine actus posset redi elusorius, vt ecce non valet legatum vel stipulatio fundi, quia cum fundus recipiat fines ex uoluntate patris familias, debitor posset soluendo glebam terræ liberari iuxta ea quæ infra subijciam, remoto hoc inconuenienti incertitudo non uitiat vt patet in dicta l. legato generaliter in princip. & 1. videbis. Istud inconueniens non potest aliquo modo locum habere quando constat disponentem sensisse de certo, quod probo sic: aut enim vis quod debitor dicat se vel defunctum tempore dispositionis habuisse hãc glebam terræ loco fundi, & non potest, quia si ex aduerso creditor probabit in patrimonio debitoris vel defuncti non fuisse nisi decem fundos, quod facillime probabitur attenta consuetudine testatoris l. seruum filij. §. fin. de leg. 1. non poterit nunc nec

hæres

heres nec ipsemet debitor, interpretari in preiudicium creditoris voluntatem aliter quam consuetudo demonstrat, vt probatur in l. damas. §. 1. in fin. ff. de vsufructu legato & in l. penult. ff. de aliment. cibarijs legatis, vel uis quòd debitor dicat se nunc habere hanc glebam terræ loco fundi, & ideo tanquam fundum velle eam soluere creditori, & neque poterit, si enim cogitatum fuit tempore dispositionis de certo fundo, ergo non de ista gleba terræ, sed vno ex fundis prout erant tẽpore dispositionis, & sic vides quomodo non potest esse in potestate debitoris redere debitum elusorium, quemadmodum posset si non fuisset cogitatum de certo ut infra declarab. & ex hoc patet responsum ad contrariam rationem quam supra formaui, non enim valet dicere vitiatur quando non senserunt de certo, ergo eadem ratione quando senserunt, sed non apparet de quo, est enim inter hæc duo longe diuersa ratio ut modo intellexisti: Dices tu hæc ratio militat quando disponẽs habebat in patrimonio fundos, quo casu si constat sensisse de certo debitum non potest reddi elusorium, quia debetur vnus ex fundis disponentis prout erat tempore dispositionis, sed quid si disponens nullum habebat fundum & constat eum sensisse de certo? Respondeo quicquid dixerit in contrarium Alexander, teneo opinionẽ Cumani qui uoluit quod in hòc casu & legatum, & stipulatio uitietur etiam si fuisset cogitatum de certo ut est textus qui non potest cauillari in l. si domus in fin. ff. de leg. 1. quæ lex proprie loquitur in hoc casu.

quando testator sensit de certa domo vt eius verba demonstrant quamuis illa verba non essent in codice Bartoli, qui propterea vult hunc intellectum ad illum tex esse diuinatiuum, immo non potest aliter intelligi ut infr. videbis nisi quando testator sensit de certo, & propterea vides quod omnes leges de hoc loquentes dum volunt talem dispositionem valere, semper præsupponunt fundos fuisse in patrimonio disponentis, neque aliud præsupponit tex. in dicto vers. si de certo l. legato generaliter, licet enim ille text. videatur loqui simpliciter tamen intelligendus est omnino vt modo dixi scilicet quando testator habebat in patrimonio fundos vt patet ex illo verbo vendicabit iunctis his quæ habentur in l. 1. C. Com. de leg. ratio huius rei quod talis dispositio non valet est quia cum hic voluntas testatoris sit omnino incerta, ex omnibus fundis eligeret deterrimũ, quia ad eum spectaret electio vt infr. dicam & sic legatũ esset elusorium vt dicitur in d. l. si domus. Reassume ergo breuiter hunc casum. quando testator sensit de certo, vel apparet de quo & res non habet dubium, vel non apparet & tunc uel est talis incertitudo, quæ non solet uitiare & neque uitiabit in hoc casu licet Bart. contrarium tenuerit in contractibus, uel talis incertitudo quæ solet uitiare & tunc, uel disponens habebat corpora in patrimonio & ualebit tam contractus quam ultima uoluntas, uel non habebat & tunc uitiabitur utraque. secundum Cumanum, Si vero disponens non sensit de certo ut puta quia non respexit magis ad unum corpus quàm ad aliud sed simpliciter uoluit

luit ut prestetur aliquis homo fundus & similia & hic ex mente gl. in d. l. legato. distingue in proposito nostro triplex genus corporum, quædam sunt,
6 quæ recipiunt certos fines à natura ut homo equus & similia & ita intellige text. in l. inter stipulantem §. sacram in uerbo homo liber supr. eodem: quedã & secundo recipiunt fines ex mera opinione & voluntate hominis ueluti fundus l. quod in rerum. §. pen. de leg. 1. l. locus. ff. de uerb. & rerum. signi-
7 ficatione, licet non nulli quos refert hic Alexand. uoluerint, quod istud intelligatur dummodo ponantur termini & sepes in medio, sed istud est uerum quando aliunde non posset apparere de uoluntate patris familias, tũc enim fateor quod sepes requiruntur ad probationem uoluntatis, at si aliunde de voluntate constaret tunc sufficeret ut in
8 dictis iuribus. Quædã & tertio sunt quæ recipiunt suos fines facto hominis sed non ex mera opinione vt in casu præcedenti, ueluti domus quæ à patre familias potest diuidi in plures domos ponendo tamen parietem in medio l. si quis duas. §. si pariete. ff. communia prædiorum: sed hoc ego intelligerẽ prout modo dixi in fundo nulla enim uidetur differẽtia in hoc inter domum & fundum dicta. l. quod in rerum. sed utcunque sit nulla uis stat in hoc ut
9 modo videbis. Primo casu quando dispositio continet corpus incertum habens fines à natura ueluti hominem, uel est adeo incertum & generale ut sub se comprehendat plures species ueluti animal & tunc uitiabitur tam contractus quam ultima uoluntas ut uoluit glosa in dicta leg. legato generaliter,

quod dictum quomodo intelligatur modo dicam, vel comprehendit vnam speciem tantum licet plura indiuidua veluti hominem & non vitiat nec contractus neque vltimas voluntates. leg. 2. §. & harum supra eodem leg. cum incertus. & dicta. leg. legato generaliter. ff. de leg. 1. etiam si nullum ex his corporibus reperiatur in patrimonio disponentis secundum glo. in dicta l. legato. & videtur probari, in l. 3. ff. de trit. vin. & oleo legato licet illa lex loquatur in legato quantitatis. Secun-
10 do casu quando dispositio continet corpus habens fines ex mera opinione hominis ueluti fundum, & tunc vel disponens non habet in patrimonio fundos, & certum est quod vitiabitur tam contractus quam vltima voluntas quia de utroque est tex. express. in l. cum post. §. gener. ff. de Iuredotium. Ratio est ista & aduerte quia doctores non bene declarant: quando legatur aliquod genus quod non reperitur in patrimonio defuncti electio pertinet ad hæredem debitorem vt firmat glo. in l. hæredes. §. incerto. ff. familiæ herciſc. qui hæres, potest eligere quod genus vult etiam si non esset mediocre vt est text. expressus in l. 4. in princip. ff. de tritico vino & oleo legato, & propterea non obstat text. in dicta. l. legato, quod enim ibi dicitur eligẽdum esse mediocrem habet locum quando electio est legatarij, nos vero loquimur quando electio est hæredis, ratio diuersitatis, patet ex regula quæ uult magis fauẽdum ei qui certat de damno quam ei qui certat de lucro uulg. leg. fin. C. de codicillis, legato igitur fundo generaliter qui non erat
in

in patrimonio defuncti, hæres posset emere uel offerre glebam terræ loco fundi & ita legatum redderetur elusorium, ita intellige gloss. in dicta leg. legato; eadem ratione non ualet legatum animalis quia vt ibidem dicit gloss. hæres soluendo musca liberaretur. Si vero disponens habebat in patrimonio fundos, hic est maxima controuersia inter scribentes. Quidam enim dixere neque in hoc casu ualere legatum fundi, in qua opinione fuit gloss. in dicto. §. gener & in dicta leg. legato quam sequitur Bartol. Angel. & Imola hic: contrariam opinionem quod immo quando testator. habet in patrimonio fundos legatum & stipulatio ualeat tenuit Petrus de Bella pertica Dynus Bal. Paul. & Alex. ut hic per eum, & sic hæc vltima opinio uidetur esse magis communis. Pro qua vltima opinione tria stringunt. Primo text. in dicta l. si domus in qua præcipue se fundabat Petrus nullam faciendo differentiam inter domum & fundum, vt est de mente text. in dict. l. Quod in rerum sed sic est quod legatum domns valet quando testator habet in patrimonio domos vt ibi dicitur; ergo idem dicendum erit in fundo: Secundo fortiter pro hac opinione facit ratio quam adducit Alexander. Quando enim testator habet fundos licet leget fundum in genere, tamen censetur legasse unum ex illis fundis, quos habebat in patrimonio; quod vltra eum probo per textum in dicta. leg. legato general. ubi dicitur, in hoc casu electionem esse legatarij ergo intelligitur de rebus testatoris, cum in

 rebus

rebus alienis non detur electio iuxta notata per gloss. in leg. serui electione de leg. 1. quemadmodum ergo si testator expresse dixisset, lego tibi unum ex fundis meis legatum & stipulatio sine dubio ualeret dicta leg. si ex pluribus cum concord. eadem ratione debet ualere quando simpliciter legat fundum quando habet fundos in patrimonio, tacitè enim ita censetur dixisse. Postremo pro hac opinione adduco hanc rationem. Quando testator habet fundos in patrimonio electio pertineret ad legatarium licet de æquitate teneatur eligere mediocrem dicta. l. legato & gloss. in dicto. §. si incerto; ergo non potest sequi illud inconueniens quod hæres posset dando glebam terræ liberari cum ad illum non pertineat electio. His tamen non obstantibus contrariam opinionem puto de iure ueriorem quod .s. neque hoc casu teneat legatum fundi. Pro qua opinione adduco tria fundamenta, primum est de dicta l. si domus ubi ideo ualet legatum domus quia testator sensit de certa ut dicit text. ergo à contrario sensu si non sensisset de certa legatum non ualeret dato quod haberet in patrimonio fundos, nō enim possum mihi persuadere, quod illa uerba sint posita sine misterio, & sic primum argumentum Petri retorquetur contra eum. Secunda ratio qua moueor est quia si opinio Petri esset uera, nihil interesset an testator senserit de certo fundo nec ne cū etiam ibi fiat illa distinctio an testator habebat fundos in patrimonio nec ne ut supr. firmaui hoc autem est directo contra mentem Iurisco. in dicto. uers. si de

certo,

certo, qui præsupponit quod quando testator sensit de certo fundo legatum ualet quod alias non valeret ergo quando non sensit de certo indistincte dicendum erit non ualere legatum & tanto minus stipulationē. Vltimum argumentum & hoc magis me mouet est de textu in dicto. §. gener qui simpliciter uult legatum & stipulationem fundi non ualere, restringere autem illum textum quod habeat locum quando testator habet in patrimonio fundos, non est nisi destruere eius intentionem, eò magis quia ad allegata in contrarium facilis est respōsio; quantum enim attinet ad argumentum Alex. quod prima facie uidebatur concludens, respōdeo verum est quod illud legatum esset soluendum de fundis quos testator habebat in patrimonio dicta l. legato, sed quod fundus debeat præstari; in hoc casu; prout erat tempore legati, hoc negatur, quando enim in legato generis non fuit cogitatum de certo prout nos loquimur; id quod postea fuit solutum, illud à principio censetur fuisse legatum ut habetur in l. cum incertus. ff. leg. 1. cum testator non respexerit magis ad unum quam aliud, inspiciendum est igitur tempus solutionis; dummodo ergo soluatur unus ex fundis qui fuerunt testatoris satisfactum est & intentioni testatoris, qui contentus fuit præstari fundum, & etiam interpretationi legis quæ uult ut fundus soluatur de his quos habebat in patrimonio; concludo igitur ex prædictis, non ualere hoc argumentum, legato fundo generaliter; fundus soluendus est de patrimonio testatoris, ergo tantundem est ac si testaior dixisset le-

go tibi unum ex fundis meis. Nam in hoc vltimo casu inspicimus fundos prout erant tempore legati, in primo prout sunt tempore solutionis & sic cum hæres omnes fundos testatoris, posset conuertere in glebam terræ legatum erit elusorium, ex quo patet responsio ad vltimum argumentum, quamuis enim electio sit legatarij tamẽ hæres adeo multiplicaret fundos testatoris, vt etiam electo optimo nedum mediocri adhuc legatum sit derisorium. Hinc infero quod legatum animalis valet quando animalia reperiuntur in patrimonio defuncti, tunc enim cum electio sit legatarij vt dixi & multiplicatio animalium non dependeat à voluntate hæredis, postquam habent suos fines à natura eligit legatarius mediocre dicta. l. legato & sic non erit elusorium, quod puto uerum, quamuis videatur contra mentem gloss. in dicta l. legato. Tertius casus est quando dispositio comprehendit sub se corpus incertum habens fines facto hominis non ex mera uoluntate ueluti domus, & hic omnes concludunt quod si reperiantur in patrimonio testatoris domus valeat alias non dicta. l. si domus. Ego autem dico etiam legatum domus indistincte vitiari quemadmodum legatum fundi, quia inter hæc duo nulla in proposito est differentia dicta. l. quod in rerum. §. pen. & text. in dicta l. si domus potius probat contrarium ut supra dixi loquitur enim quando testator sensit de certo. Differentia uero quam Bartolus nititur constituere inter domum & fundum, non est bona, non enim ideo legatum fundi potest reddi elusorium quia hæres posset dicere

testa-

testatorē sensisse de gleba terræ, cū nos loquāmur quādo testator nō sensit de certo sed & si sensisset, adhuc hæres non posset hoc dicere in preiudicium legatarij si probata fuerit consuetudo in cōtrarium vt supr. probaui, quod igitur legatum fundi reddatur elusorium uenit ex eo quod hæres potest ipse ex propria uoluntate multiplicare fundos testatoris, ut supr. declaraui, quæ multiplicatio potest fieri etiam in domo ponendo parietem in medio dicto. §. si parietem, licet neque hoc fortasse esset necessarium quemadmodum supr. dixi in fundo; est igitur eadem ratio in domo quæ est in fundo ergo idem ius uulg. l. illud. ff. ad l. Aquiliam. Quartus
13 casus est quando dispositio continet incertitudinem loci, qua in re dic quod regulariter talis incertitudo non vitiat cum locus non sit de substātia actus, hoc tamen fallit in duobus casibus (de ratione specialitatis dicam inferius) primus casus est in stipulatione sistendi, in qua si non fuerit adiectus locus in quo promissor sistere debeat vt in hoc tex. dicam talem stipulationem esse nullam. Secundus casus est, quando in dispositione continetur aliquod factum cohærens solo, vt puta si quis stipulatus fuerit sibi plantari arborem ædificari domum & id genus similia in quorū promissione necesse est quod adijciatur locus, alias non valet. l. qui insulam. §. eodem, sed quoniam hoc vltimum non est indistinctè verum dic, vel ex aliqua coniectura potest apparere de quo loco senserint contrahentes, & dispositio valet arg. tex. in dicta l. triticum. §. eodem & l. cum quid. ff. si cert. petatur

tatur si verò non apparet, vel locus est expressus; sed adhuc est incertus ut puta quia plura erant loca eiusdem nominis, & tunc vel in vltimis voluntatibus, & valet & intelligitur de loco vbi habitabat testator, iste est casus l. quæ conditio. §. fin. secundum verũ intellectum Bart. ff. de cond. & de mõstrat. Sed si talis locus non esset in habitatione testatoris dic ut modo dicam in contractibus. In contractibus ergo primum inspiciam, quòd est verisimile, quid enim si alter locus est multum remotus à contrahẽtibus, alter verò propinquus intelligam de propinquo l. in obscuris ff. de reg. iuris faciunt notata per gl. in l. veteribus. ff. de pactis quòd si non apparet exprimet promissor de quo fuerit cogitatũ dicta l. stipulatio ista § in stipulationibus. Si verò locus nullo modo fuit expressus, in contractibus clarum est quòd talis incertitudo vitiat vt hic & l. qui insulam. f. eodem & in l. 3. §. si quis insulam. f. de eo quod certo loco. in vltimis voluntatibus idem cum non reperiatur contrarium, fallit tamen fauore piæ causæ, veluti si testator iussisset fieri alipuòd Hospitale non adiecto loco secundum Paulum & Imolam in dicta l. qui insulam per tex. in dicta l. quæ conditio. qui tex. licet hoc non probet cum loquatur in alio casu vt modo dixi, tamen dictum illorum mihi placet, quòd fortasse posset extendi etiam ad contractus, vt si quis promiserit ecclesiæ edificare aliquòd hospitale talis promissio ualet, maxime tenendo opinionem doctorum, quod illud quod dixi de alimentis & de refictione uię & de causa studij in primo

mo casu principali habeat locum etiam in contra-
14 ctibus, vide ibi. Quintus est casus de incertitudine personæ quod cum sit nimis remotum à materia huius legis, & quia multa adhuc sum tibi dicturus necessaria ad eius intelligentiam, idcirco vide de hoc allegata hic per Alexandrum & precipue Bart. in dicta. l. quidam relegatus. ff. de rebus dubiis. Sextus igitur & vltimus casus est, quando dispositio continet incertitudinem temporis de qua principaliter loquitur prima pars huius legis, & aduerte quia tunc proprie dispositio dicitur incerta ratione temporis quando iam est perfecta sine adiectione diei, si vero tractamus de die ponenda tempore quo perficitur ipsa dispositio vt puta quia de hoc esset controuersia inter partes, tunc recurrendum est ad text. in leg. de d. ff. qui satis dare cogantur quæ lex licet à glosatoribus duplici modo intelligatur vt hic per Bart. tamen veritas est quod loquatur in eo casu quem modo dixi, ut eius uerba demonstrant. Redeundo igitur ad rem nostram videndum est an dispositio in qua est omissa dies, vitietur nec ne: in quo distingue tres casus principales. Primus est quando constat disponentem ante dispositionem habuisse aliquando animum ut in ipsa stipulatione ponatur dies & postea omisit, quo casu uel constat de animo vnius tantum, vel ambarum partium, si de vnius tantum vel dispositio erat talis quæ pendebat ex uoluntate vnius tantum vt puta quia sumus in vltimis voluntatibus & tunc dic illud idem quod dicam quando constat de animo ambarum partium. si uero dispositio non pendebat

ex ipſo tantum ſed etiam ex conſenſu alterius veluti ſtipulatio & tunc vel iſte animus non fuit declaratus ſed tantum in mente retentus & perinde eſt ac ſi nihil fuiſſet cogitatum propoſitum enim in mente retentum nihil operatur l. ſi repetendi C.de conditione ob cauſam vnde in hoc caſu dic ꝙ dicā in alio caſu principali quando nihil fuit cogitatum, ſi vero iſte animus fuit declaratus vel ipſi parti cū qua erat contracturus vt puta quia expreſſe fuit proteſtatus ſe nolle aliter contrahere niſi in ſtipulatione ponatur dies & tunc vel pars conſenſit proteſtationi ſeu cum eſſet præſens non contradixit, & in hoc caſu dic illud idem quod dicam quando fuit cogitatū ab vtraq; parte arg. text. in l. fin. §. item ſi prædixerit ff. naut. Caup. & ſtabul. faciunt notata per Alex poſt fulg. in l. pacta nouiſsima. C.de pactis. ſi uero pars expreſſe contradixit proteſtationi & tunc doctores videntur velle quod talis proteſtatio nihil releuet quia habetur ac ſi non præceſſiſſet per tex. ſecundum vnum intellectum in l.cum in plures. §. locator horrei ff. locati & hoc patet ex notatis per Alexa. in dicta l. pacta nouiſsima poſt Bart. in l. non ſolum. §. morte in 7. col. ff. operis noui nunti Mihi autem uidetur contrarium de iure uerius quod nulla in propoſito noſtro ſit differentia an pars contradixerit proteſtationi alterius nec ne, ſed tota vis ſtet in hoc an tempore diſpoſitionis cenſeatur receſſum à priori voluntate nec ne ut infr. videbis, poſito enim quod ille qui fuerat proteſtatus adhuc perſeueret in priori voluntate, ſatis conſtat in ipſo actu poſtea confecto

non

nō adesse consensum, nam ut in alio proposito dicebat hic Bart. protestatio præcedens declarat in futuro consensum non esse l. qui in aliena. §. fin. ff. acquir. hæred. l. si quis in principio testamenti. ff. leg. 3. ergo dispositio non potest valere l. 1. in fin. ff. de pactis imputandū est ergo alteri parti quæ cū sciret voluntatem alterius, non curauit vt de ea expresse fiat mentio & reuocatio iuxta text. in dicta l. si quis in principio. Ad text. in dicto. §. locator qui sexcentos habet intellectus dic ut modo dicam si uero iste animus fuit declaratus, non tamen parti sed alijs. tunc Raphael hic uidetur velle quod etiā in hoc casu actus sequens uitietur, cum ex declaratione voluntatis præcedentis constet in dispositione adesse dissensum ergo debet uitiari l. inter stipulantem. §. 1. eodem in cuius opinionem visus fuit inclinare Alexa. hic sub num. 23. Hanc sententiam puto euidenter falsam protestatio enim in actibus qui dependet ex consensu duorum nihil operatur, si facta fuerit ab uno ignorante altero vt patet ex notatis per ipsum met Alex. in dicta. l. pacta nouissima & de hoc est text. in dicta. leg. cum in plures quæ vere loquitur quando de proposito vnius vere constabat sed tamen parti cum, qua postea contraxit non expresit unde ne altera pars quæ fuit, ignorans, in contrahendo decipiatur lex. fingit propositum primum per actum contrarium sequentem fuisse remissum ut dicitur in d. l. cum in plures & sic fingitur adesse consensus ex quo patet responsio ad dictam leg. inter stipulat. §. 1. loquitur enim quando uerba contractus erant ambigua

quia

quia poterant referri tam ad ſenſum ſtipulantis quam promittentis quo caſu fateor, quod ſi conſtat de diſſenſu ſtipulatio vitiatur ut ibi nos autem loquimur quando verba ſtipulationis ſunt clara pro uno ex contrahentibus, unde licet alalter habuiſſet prius propoſitum, contra id quod poſtea uerba ab ipſo prolata ſonant non per hoc actus debet vitiari per rationẽ ſupradictã, niſi pro teſtatio facta eſſet ipſi parti cum tunc ceſſet illa ratio, ut dixi in caſu præcedenti, vel niſi altera pars fuiſſet in dolo, tunc enim ei qui aliter ſe obligauit quàm deſtinauerat, ſuccurritur per exceptionẽ doli & iſte eſt caſus in l. ſi quis cum aliter ſupra eodem: ex quibus apparet quam male ſenſerit Accurſius hic dum volens conciliare text. tum cum l. triticum ſuprà eodem, præſupponit quod in hoc textu de die ponenda in ſtipulatione futura, fuerat cogitatũ ab vna tantum parte, ſi enim hoc eſſet ſtipulatio nõ vitiaritur retento cõmuni intellectu, cum illa cogitatio unius nullum potuerit producere effectum niſi poneres, fuiſſe factam proteſtationem alteri, vel interueniſſe dolum alterius quorum utrumque eſt nimis alienum & a mente ipſius Accurſij & magis à mente Iuriſc. Si uero actum fuerat ab utraque parte vel apparet ſpecifice de qua die cogitauerant contrahentes & actus ualet dato quod alias non ualeret, cenſetur enim expreſſa illa dies de qua tacitè cogitarunt contrahentes & iſte eſt caſus illorũ iurium in quorũ reſolutione tantũ inſudauit Accurt. 5. l. Triticum. ſup. eod. l. cum quid. ff. ſi certũ petatnr. Si verò non apparet ſpecifice de qua, ſed

hoc

hoc tantum quòd egerant vt exprimeretur aliqua dies, & tunc vel simpliciter declarunt animum, enarrando qualiter habebant animum conficiendi stipulationem cum adiectione alicuius diei, non tamen quòd hoc fecerint ad limitandam stipulatio nem futuram, vt sine adiectione diei non valeat, & tunc stipulatio deindè facta ualet perinde ac si nul lus tractatus deponenda die præcessisset, clausula enim derogatoria quæ solet inualidare actum sequentem aliter factum non potest colligi à contrario sensu, quamuis alias in iure sit fortissimum l. 1. ff. de officio eius. ita probat tex. cum ibi notatis in l. fin. in 1. ff. de leg. 2. quod dictum fuit Imolæ in hac lege vt refert & sequitur Alexa. Vel apparet quod ille tractatus tendebat ad limitandam stipulationem, ut aliter facta non teneat, & tunc vel est dies omissa per errorē & vitiatur tā vltima uoluntas quā stipulatio, de vltima voluntate est text. in dicta l. quotiens. §. tantundem qui in hoc casu proprie loquitur quando .s. tractatus præcessit dispositionem, prout sentit ibi Bart. de stipulatione est text. hic in uerbis illis (si dies &c.) secundū communem intellectum. Si uero fuit omissa ex mera uoluntate tunc dispositio ualet ac si nullus tractatus præcessisset de ponenda die arg. text. in dict. l. pen. C. de inst. & subst. censetur enim recessum a priori tractatu. Dices tu quomodo poterit cognosci an dies fuerit omissa per errorem nec ne: Respōdeo secundum Alex. hic, aut stipulatio secuta est incōtinenti post tractatū & presumitur dies omissa per errorem, non enim potest præsumi inconti-

nenti

nenti mutatio uoluntatis l. non ad ea. ff. de cond. & demon. Si uero ex interuallo præsumitur mutata uoluntas per actum cõtrarium subsequentem arg. tex. in dicta l. cum in plures. §. locator horrei & iurium prædictorum. Contra hanc doctrinã arguo sic. Quod dies de qua fuerat actum censeatur in sequenti stipu. omissa per errorem, non potest esse ex alio, nisi quando contrahentes credebant diem fuisse specificatam in tractatu præcedenti, alias si erant memores præcedentis tractatus non potest aliud præsumi nisi mutatio uoluntatis postquam non specificarunt diem, quam sciebant non esse specificatam, si uero erant immemores, ergo animus illorum fuit contrahendi simpliciter, & sic neutro casu posset præsumi error. & hæc sunt de mente Cumani, prout refert hic Alex. Istud autem quod partes putauerint in præcedenti tractatu specificatam esse diem, magis præsumitur, quando stipulatio secuta est ex interuallo quo casu potest tolerari obliuio etiam in facto proprio iuxta tex. cũ ibi notatis in l. peregre. ff. de acquir. poss. quam si stipulatio secuta est incontinenti quo casu non potest præsumi obliuio eorum, quæ ipsimet contrahentes egerant. l. quanquam ad Velleianum. l. quisquis C. de resc. uend. ergo potius distinguendũ est in contrarium, ut si incontinenti, non præsumatur error, si ex interuallo præsumatur. Aduerte quia Alex. uisus est periclytari super hac fantasia Cumani: Nullo casu admittit lex. hanc præsumptionem quod partes putauerint specificatã diem in tractatu præcedenti, non incontinenti dicta l.

quan-

quamquam & l.quisquis, neque ex interuallo nisi tam esset longum, ut lex præsumat contrahentes fuisse oblitos totius tractatus, nisi quando cõtrahentes retulerint se ad tractatum præcedentẽ præsupponendo quod in ipso tractatu specificata fuerat dies cum non esset, qui casus magis est cogitatus ab ipso Cumano quam à Iurisc. maxime in l. quotiens.§.tantundem: Dico ergo quod error de quo loquitur Iurisc.in d.§. tantundem & hic secundum communẽ intellectum, est quando disponens habebat animum, super eo in quo nunc disponit, adijcere diem sed postea per obliuionem omisit, quod quam crebo in actibus hominũ soleat contingere miror quomodo Cumanus non animaduerterit, & sic vides quod dato quod contrahentes essent memores precedẽtis tractatus & quod in eo nõ fuerat specificata dies, adhuc possumus dicere diem fuisse omissam per errorem qui ipsam vitiet. Istud autem, quod contrahentes habuerint animum ponendi diem in stipulatione & per consequens quod ea omissa censeatur omissa per errorem, pendet ex hoc vtrum contrahentes recesserint a præcedenti tractatu nec ne, istud quod contrahentes recesserint vel non, pendet ex hoc an stipulatio secuta fuerat ex interuallo, vel incontinenti; ergo doctrina præcedens est bona quam tamen intelligas in dubio. at si ex aliquibus coniecturis constaret quod stipulatione sequuta incontinenti partes mutauerint voluntatem, stipulatio valebit. sic e conuerso, si secuta ex interuallo, constat quod adhuc perseuerabant in præcedenti tractatu, constat o

 missam

missam per errorem & sic vitiabitur dispositio. Secundus principalis casus est contrarius praecedenti quando constat quod cōtrahentes habuerunt animum non ponendi diem in stipulatione, quo casu dies dicitur omissa ex certa scientia vt loquūtur interpretes; Tertius & vltimus casus est qui tenet medium inter duos praecedentes, quando non constat habuisse animum nec adijciendi diem nec non adijciendi, quo casu dicitur dies omissa partibus nil cogitantibus. Videamus de hoc vltimo quia exinde opportunius videbimus de praecedenti. Quan-
17 do igitur fuit dies omissa partibus nil cogitantibus vel sumus in conuentionibus quae fiunt ex necessitate vt in stipul. praetorijs, vel in his quae fiunt ex voluntate vt in conuentionalibus, primo casu vel dies est omissa, quia promissor putabat necessitatem se obligandi incumbere sibi in perpetuum, & ideo non cogitauit de adijcienda die, cum de iure seu de consuetudine esset obligatus ad tempus, & tunc sine dubio stipulatio valet cum non sit erratū in substantialibus vt hic per Bart. & de aequitate succurritur promissori, vt non sit obligatus nisi ad tempus, & iste est casus secundum verum intellectū l. si finita. §. 1. ff. de dam. infecto, aut in hac conuentione nihil fuit erratum & sine dubio omnis conuentio valet l. de die secundum vnum intellectum. ff. qui satis dare cogantur. Secundo casu quando sumus in conuentionibus quae fiunt ex voluntate, & tunc Bart. & fere omnes volunt nunquam conuentionem vitiari propter omissionem diei. l. eum
18 qui Klendis §. 1. supr. eodem. Solus Cumanus quē
refert

refert hic Alex. voluit quod licet regulariter ſtipulatio in qua eſt omiſſa dies valeat fallit tamen in ſtipulatione de qua loquitur lex noſtra in principio ſ. ſiſtendi in certo loco, in qua ſi fuerit omiſſa dies etiam partibus nil cogitantibus, eſt inualida ſecundum eum, quæ ſententia licet ab omnibus reijciatur, mihi tamen (vt verum fatear) videtur ipſa veritas, & de mēte Papiniani in hac lege in cuius principio ponuntur quatuor exempla ſtipulationum, quarum vnaqueque vitiatur propter ſuam incertitudinem, ſtipulatio fundi propter incertitudinem nominis ſeu corporis, ſtipulatio de inſula ædificanda propter incertitudinem loci, ſtipulatio rerum conſiſtentium pondere numero & menſura propter incert. quantitatis, ſtipulatio vero ſiſtendi in certo loco propter incertitudinem temporis, hæc profecto & non alia fuit mens Papiniani in princ. huius legis, quorum rationem ſi perſcrutari volueris conſidera quod omnis incertitudo vitiat ſtipulationem potiſsimum hac ratione, quia propter incertitudinem poteſt contingere, quod ſtipulantis non interſit adimpleri ſtipulationem, quo caſu ſtipulatio eſt inualida. l. ſtipulatio iſta §. alteri ſup. eodem; hoc autem tunc demum contingit quando non exprimitur illud in quo vertit principaliter vtilitas ſtipulationis, quæ vtilitas variatur ſecundū res quæ in ipſam deducuntur, vt ecce in ſtipulatione fundi nemo eſt qui neget, principalem vtilitatē conſiſtere in corpore, ergo incertitudo corporis vitiat, quia poſſet debitor dare tam modicum corpus vt ſtipulātis nihil interſit iuxta ea quæ ſupra diximus,

mus, eodem modo in ſtipulatione de inſula ædificanda præcipua vtilitas eſt in loco & in forma ſeu qualitatæ inſulæ faciendæ vt de ſe patet ergo incertitudo loci vitiat hanc ſtipulat. vt hic, idemque dixi ſi recte es memor, de incertitudine formæ ſeu qualitatis, poſſet enim promiſſor ædificare in loco, vbi ſtipulantis nihil intereſſet quam rationem expreſsit iuriſc. in l. qui inſulam, ſupra eodem, idemque inconueniens poſſet reſultare vt vides ex incertitudine forme ſeu qualitatis. Item etiam in ſtipulatione rerum, quæ conſiſtunt in pondere num. & menſura, quis non videt præcipuam vtilitatem conſiſtere in quantitate? & propterea incertitudine quantitatis vitiatur ſtip. vt hic. Iſtud idem contingit quando promittis ſiſti, cum enim hæc promiſsio adhũc finem cenſeatur interpoſita vt iſtud ſiſti, aliquid mihi operetur alias non ualeret vt ſupra dixi, certe in hac promiſsione vtilitas & intereſſe vt vnuſquiſque videt, conſiſtit principaliter in duobus circa locum & circa tempus, ergo propterea dicam incertitudine loci uel temporis vitiari vt hic; dices tu ſecundum hoc omnis ſtipulatio deberet vitiari propter omiſsionẽ loci uel temporis, cũ in omni ſtipulatione vtilitas cõſiſtat ex loco etiam & ex tempore vt patet ex tot tit. de eo quod certo loco & ex notatis in l. mora. ff. de vſuris; reſpõdeo quod hoc venit ex accidenti nõ quod principaliter in omni ſtipulatione vtilitas conſiſtat ex loco, & tempore ut experientia docet nam etiam in ſtipulatione rerum conſiſtentium pondere num. & menſ. vtilitas conſiſtit in qualitate, non tamen in-

certitudo qualitatis vitiat ut sup. dixi, sufficit enim quod non relinquitur incertum illud in quo vtilitas consistit principaliter arguui. text. in l. si quis nec causam. ff. si certum petatur. Sed dices adhuc, ergo quare ad infirmandam hanc stipulationem sistenti in certo loco, requirit hic Papinianus quod dies sit omissa per errorem, quia de ea ponenda actum fuerat inter partes, si secundum te quocunque modo fuerit omissa stipulatio esset inualida? respondeo semper quod in hac stipulatione non omittitur dies ex certa scientia, dicam censeri omissam per errorem vel per errorem iuris quia contrahentes putabant valere stipulationem absque adiectione diei, vel per errorem facti quia egerant inter se vt dies poneret, & postea fuerunt obliti ut dicit hic text. Quod probatur si recte intueris in hac lege vbi iurisc. non complectitur nisi duos casus primus est quando dies fuit omissa per errorem & hoc in illis uerbis (si dies &c.) Secundus quando ex certa scientia & hoc in illis verbis :(quod si ab initio) Si ergo uis quod quādo dies est omissa partibus nil cogitantibus, non esset omissa per errorem & sic ualeret, iurisc. fuisset defectiuus, qui cum uellet docere, an & quando talis stipulatio uitietur propter omissionem diei, distinguēdo duos casus omisisset tertiū magis principalem: & idē dicā generaliter in omni stipulatione, ut si in ea omittatur illud, quo omisso uitiatur, censeatur omissum per errorem nisi quādo apparet fuisse omissum ex certa scientia & sic uides quomodo recte arguit Papinianus hic de primo casu quādo omittitur dies, ad sequentes in qui-

bus omittitur nomen, locus uel quātitas: sed adhuc insistes dicendo quod hæc non possunt esse uera in hoc textu, in quo præsupponitur quòd in hac stipulatione de sistendo erat adiectus locus, ergo in ea censetur adiectum etiam tempus quantum. s. sufficit ut posit peruenire ad locum dicta. l. cum qui Klendis. §. 1. supr. eodem. Respondeo quod dicta l. eum qui Klendis loquitur in stipulatione quæ nō requirit de necessitate, nec expressionem loci nec temporis, quo casu fateor quod adiectio loci includit adiectionem temporis, ne stipulatio contineaimpossibile, si intelligeretur promissum præsente die solui, quemadmodum intelligeretur si non esse adiectus locus ut ibidem dicitur, sed quando stipulatio requirit de necessitate & locum, tempus, nōt sufficit exprimi locum nisi etiam exprimatur tempus ut hic. ratio est in promptu; ideo incertitudo temporis uitiat hanc stipulat. quia posset sisti reus tali tempore in quo nihil prodesset stipulanti ut supra dixi, ergo non sufficit exprimere tempus, sed necesse est quod exprimatur tale tēpus, in quo intersit stipulantis ita probat text. quem uide in dicta l. qui insulam supra eodem, sed tempus quod colligitur ex adiectione loci, non est huiusmodi, cum ueniat potius ex necessaria consequentia loci ut modo dixi, ergo propterea inualida est stipulatio ac si non esset expressus nec locus nec tempus. Teneo igitur intrepide sentētiam Cumani, ex qua illud sequitur quod principium huius legis non loquitur de stipulationibus prætorijs ut doctores crediderunt, tunc enim fateor quod talis stipulatio

de-

de sistendo ualeret etiam non adiecta die cum decla ratio temporis pertineat ad prætorem ut dicitur in dicta. l. de die secundum alium intellectum, sed loquitur de stipulatione conuentionali quæ proficiscitur ex mera voluntate contrahentinm dum vnus promittit alteri sisti in certo loco & non in iudicio vt aperte volunt verba text. Vltimus casus erat quā
19 do dies fuit omissa ex certa scientia quod, quātum ad nos attinet contingit duobus modis primo quādo promissor intendit se obligare in perpetuum & ideo partes nolunt præfinire diem, quousque duratura sit obligatio, & hoc casu certū est ꝙ nulla dispositio vitiatur, sed promissor obligatur in perpetuum ita intellige text. in dicta. l. si finita uers. si vero ff. de dam. infecto. Secundo modo dicitur dies omissa ex certa scientia quando stipulator nō vult vt præsenti die sibi soluatur nec curat quo tēpore sibi satisfiat, sed satis habet quod aliquando satisfiat, & ita concipit stipulationem adimplendam quacunque die placuerit promissori quo casu hic aduerte uel hæc stipulatio est talis quæ non solet vitiari per omisionē diei etiam si esset omissa partibus nil cogitantibus prout est reg. omnis dispositio vt supra vidisti, & tunc clarum est quod talis dispositio nec vitiabitur in hoc casu, quando dies fuit collata in uoluntatem promissoris arg. text. in l. centesimis. §. fin. supr. eod. Sed dubium est postquam talis dispositio valet, quando committetur cū effectu vt ex ea posit agi posito quod promissor noluerit declarare diem, quod profecto est multum verisimile cū reorum sit fugere. vt dicebat hic Pau

gitur, hæc ſtipulatio euaneſcat mortuo promiſſore non declarata prius die, non venit ex hoc quod in voluntatem promiſſoris fuit collata ſubſtãtia obligationis, ſed ex hoc ſolo quod fuit collata dies, quæ dies cum nunquam venerit non video quomodo ſtipulatio poſsit committi cum effectu dato quod in voluntatem promiſſoris fuerat collata ſola dies, licet enim partes voluerint promiſſa deberi, tamen voluerunt illa die deberi quæ placebit promiſſori, l. celſus. ff. recept. arbitris, ſed mortuo promiſſore non declarata die, nulla dies dicitur ei placuiſſe dicto. §. fin. ergo neceſſe eſt quod ſtipulatio remaneat inutilis. Dic ergo melius quando ſumus in cõtractibus vel vertit fauor libertatis & tunc illud dicam quod dixi in vltimis voluntatibus vt mortuo promiſſore, in cuius voluntatẽ fuerat collata dies dãdæ libertatis, ſtatim libertas debeatur & ita intellige tex. præallegatum in l. fin. Neque enim eſt nouum, ut libertas ſit fauorabilior cæteris vt eſt notũ, & propterea iſtud idem dico in omnibus cauſis fauorabilibus, quæ libertatis cauſæ cõparantur, vt eſt cauſa dotis, ſtudii, piæ cauſa & id genus ſimilia, vel non vertit cauſa fauorabilis & ſtipulatio euaneſcit dicta. l. Centeſimis. Si vero ſtipulatio cuius dies confertur in voluntatem promiſſoris, eſt talis, quæ propter incertitudinem temporis ſolet vitiari ſi tempus fuiſſet omiſſum partibus nil cogitantibus veluti ſtipulatio ſiſti in certo loco ſecundum opinionem quam ſupra tenui, & tunc vel huic ſtipulationi non eſt adiecta ſtipulatio pœnalis, & non valet etiam ſi dies fuiſſet ommiſſa ex certa ſcientia quia

col-

collata fuit in voluntatem promissoris. Ratio est in promptu. Ideo enim in hac stipulatione requiritur expresio diei, quia posset alias promissor sistere tali die qua nihil interesset stipulantis vt supra declaraui, & propterea dixi necesse esse exprimi talem diem, qua intersit stipulantis per tex. in l. qui insulam. supr. eodem, sed dies quæ confertur in voluntatem promissoris, non est huiusmodi, ergo propterea stipulatio vitiatur; si vero huic stipulationi fuit subiecta stipulatio pœnalis, & tunc uel quæris an per ipsam stipulationem pœnalem validetur ipsa principalis, & certum est quod non cum accessoriũ non posit ualidare suum principale. l. ex pupillari. ff. de vulg. & pupillari, faciunt notata per gl. in l. stipulatio ista. §. alteri. supr. eodem, vel quæris an saltim valeat ipsa stipulatio pœnalis ita ut non adimpleta stipulatione principali quamuis inualida, committatur pœna, & tunc dicendum est quod sic, ratio est in promptu, quod enim in casu nostro talis stipulatio principalis sit inualida non est ex alio nisi, quia posibile est non interesse stipulantis eam adimpleri ut sup. latius declaraui, sed in stipulatione pœnali non inspicimus an stipulantis intersit dicta l. stipulatio ista §. alteri ergo non propterea debet inualidari, quia principalis est inutilis, valebit igitur stipulatio pœnalis, sed non tanquam stipulatio incipiens à præcedenti conuentione, quia cũ fuerit inutilis perinde est ac si non præcesisset arg. text. inst. de hæred. quæ ab intestato in principio. sed valebit tanquam stipulatio concepta sub qualibet alia conditione ex, quo illud sequitur quod hæc

sti-

ſtipulatio pœnalis non committetur ſtatim vbi pro miſſor potuerit ſiſtere & non ſteterit, quemadmodum ſolet committi illa ſtipulatio pœnalis quæ incipit à præcedenti conuentione, ſed committetur tunc demum quando certum erit non poſſe amplius ſiſti, quemadmodum ſolet regulariter committi illa ſtipulatio pœnalis quæ incepit a conditione, de his autem latius dicemus, in tertio articulo principali; Iſte eſt in fallor uerus ſenſus illorum uerborũ, (quod ſi ab initio &c.) cuius aliquam partem licet nimis imperfecte tetigit hic Accurſius in uerbo quacunque die, qui ſenſus licet à Bart. & communiter ab omnibus reijciatur, eſt tamen vt vides ipſa veritas, & ex declaratione prædicta, tum etiam ex his quæ dicam in ſequenti articulo principali facile tolles omnia quæ contra ipſum adducit hic Bartol.

21 Secundo principaliter eſt videndum an & quando ſtipulatio pœnalis vitietur propter defectum qui re peritur in principali, & quamuis prima fronte videretur dicendum indiſtincte vitiari debere, cum acceſſorium ſequatur naturam ſui principalis l. cum principalis. ff. de reg. iuris, hoc tamẽ nõ eſt ſemper verum, cum aliquando diuerſa ratio militet in principali ut videbis; dic ergo ſecundum Bar. vel à principio ſtipulatio principalis valebat ſed poſtea aliquo ſuperuenienti facta eſt inualida, & ſic debitor fuit liberatus, & hoc caſu etiam liberabitur à pœna l. ſi homo mortuus ſupr. eodem; ratio ſecundũ Bar. eſt quia hoc caſu ſtipulatio pœnalis habuit ſemel dependentiã à principali, vnde ſemper ſecundum eam regulabitur arg. eorum, quæ habentur in l. 3. § fin.

§. fin. ff. lib. & posth. Certe dictum Bart. non probatur in dicta l. si homo mortuus, ibi enim talis defectus erat in principali qui vitiaret pœnalē etiam esset à principio vt modo videbis, sed tamē hoc dictum mihi placet ratione prædicta, ex quo infero quod si quis sub pœna promiserit mihi stichum ex causa lucratiua & deinde ex alia causa lucratiua stichus ad me peruenerit, quo casu promissor statim est liberatus à principali obligatione iuxta text. in l. omnes la. 1. sup. tit. 1. & l. inter stipulantem §. si rem, supr. eodem liberabitur etiam à pœna, quod est de mente Bart. in l. quidam cum filium in vlt. col. supr. eodem. Vel stipulatio principalis est ab initio inualida, & tunc vel quia est contra bonos mores vt si quis se astringat ad ducendum vxorem, vel ad instituendum aliquem hæredem, & nec valebit stipulatio pœnalis. l. stipulatio hoc modo concepta & l. Titia. supr. eodem, vel est inualida propter turpitudinem vt si quis promiserit sub pœna committere maleficium & tunc idem quod vtraque vitietur. arg. text. in l. generaliter & l. si ex plagij. supr. eodem, vel est inualida quia continebat impossibile veluti dare hominē mortuum & idem ꝙ nec pœna valebit dicta l. si homo mortuus, vel est inualida propter errorem vt puta quia partes oblitæ fuerunt in stip. principali ponere diem quā destinauerant, & tunc idem respondendum erit quod in casibus præcedentibus vt scilic. vitietur etiam stipulatio pœnalis, & ita intellige primum responsum huius legis in illis verbis, si dies &c. Ratio est in promptu cum enim interuenerit error defuit con-

sensus

sensus iuxta text. cum ibi notatis in l. si per errorē ff. de iurisd. omn. iudicum, qui consensus est fundamentum & basis omnium conuentionum. l. 1. in fin. ff. de pactis nimirū si eius defectus quia reperitur in principali vitiat etiam stipulationem pœnalem, illa enim dies quæ fuit omissa per errorem in principali, erat tacite repetenda etiam in pœnali iuxta text in l. In illa stipulatione si Rl. supra eodē, & sic si recte consideras, idem error vitiat vtrāque quia in vtraque reperitur. Si vero stipulatio principalis non est ex alio inualida, nisi quia est præter reg. iuris, non quod lex ei omnino resistat & tunc stipulatio pœnalis nō vitiatur quamuis principalis, propter non assistentiam legis sit inanis de hoc possumus sumere tria exempla. Primo, quando quis promisit exhæredare extraneum, quæ promissio non est in ualida ex alio nisi quia exhæredatio non cadit nisi in filio in potestate cum priuatio presupponat habitum l. decem. supra eodem, & tamen si non fuerit exhæredatus extraneus, saltem de facto & ita inutiliter, pœna debetur. l. quidam cum filium supra eodem, secundum exemplum est in promissione facti alieni, quæ licet sit præter reg. iuris quæ dicunt negotium contrahendum, esse inter stipulantem & promittentem d. l. inter stipulantem in principio, tamen si non fuerit adimpleta, saltem de facto, pœna adiecta committitur. l. stipulatio ista in fine principij, sup. eodem. Vltimum exemplum est quand quis stipulatus est alteri, uel sibi ipsi, illud quod eius non interest quod est præter regulam. l. stipulatio ista. §. alteri ibi. Inuentæ

iant

ſunt enim &c. & tamen non adimpleta tali ſtipulatione pœna debetur dicto. §. alteri & hic. in verſ. quod ſi ab initio ſecundum quod ſupra declaraui. Tertio principaliter eſt uidendum, debitum ſub aliqua conditione negatiua quando committatur ut ex eo naſcatur obligatio. de conditione enim affirmatiua quæ conſiſtit in faciendo non eſt materia noſtra ſed leg. hæc conditio la. 2. ff. de condit. & demo. Itē etiam loquimur de cōditione incerta ſeu contingēti quæ poteſt eſſe & non eſſe quæ proprie dicitur conditio. l. cum ad præſens. ff. ſi certum petatur, de conditione uero neceſſaria, uel impoſsibili nihil ad nos, ſed de his omnibus uide hic per Bar. qui uoluit per tractare multa extra materiam huius legis, quod non eſt meæ intentionis. Item etiam ſcias quod nos non loquimur de conditione caſuali uel mixta de quibus habetur in l. in teſtamento de cond. & demonſtrat. ſed de cond. poteſtatiua: neque de ea conditione poteſtatiua quæ dependet ex facto creditoris ſeu honorati de ea enim loquitur lex Mutianæ. ff. de cond. & demonſtrationibus; diſtingue igitur in re noſtra duos caſus principales. Primus eſt quando debitum incepit à præcedenti conuentione ſeu diſpoſitione, ut puta ſi dixero promitto tibi ſtichum & ſi ſtichum nō dedero nomine pœnæ centum: ſecundus caſus eſt: quando debitum incepit à conditione ueluti ſi dixero, ſi ſtichum non dedero, promitto nomine pœne centum: hæc diſtinctio colligitur ex multis legibus ex l. 1. §. item ſi ita. ff. ad l. falcidiam ex l. cum ſine præfinitione & l. ſi pœnum: quando dies legati cæ-

dat.

dat. ff. cum concordantijs sed nullibi clarius colligitur quam ex l. nostra uers. Itaque potes &c. In-
12 cipiamus à secundo casu quando inceptum est à conditione: vel in hac promissione adiecta est dies, vel non. Primo casu vel dies adiecta est dispositioni, ueluti si stichum non dedero promitto dare centum ad pascha, & tunc uel quæris quando hæc stipulatio seu debitum committatur ipso iure, vt ex eo nascatur obligatio, & committitur statim ac certum fuerit stichum non posse dari, etiam si hoc fuerit ante diem adiectam dispositioni de hoc est text. in l. si ita legatum sit titio. ff. de cond. & demonst. ratio est in promptu, natiuitas enim obligationis non impediebatur per adiectionem diei. l. cædere diem. ff de verb. & rerum. sign. sed propter pendentiam conditionis l. item quia de pactis, vnde cum ante diem conditio fuerit purificata statim nata fuit obligatio: Si uero quæris quando istud debitum committatur cum effectu ita ut ex eo possit efficaciter agi, & tūc dico necesse esse expectari diem alias nunquam committetur cum effectu, dato quod conditio fuerit purificata ante diem hoc post aliquas controuersias antiquorum. firmat glo. in dicta l. si ita legatum: ratio patet, quamuis enim sit purificata conditio, superest tamen dies quæ licet non sit potens ad impediendam obligationem impedit tamen petitionem dicta l. cædere diem. Si uero dies adiecta est conditioni, veluti si infra biennium stichum non dedero dabo tibi centum, & tunc uel sumus in illis casibus in quibus dies adiecta conditioni censetur repetita in sequenti dispo-

sitione,

sitione, & tunc dic illud idem quod dixi in casu proxime præcedenti quando dies est adiecta dispositioni vt scilicet non committatur cum effectu nisi transacta die de hoc est text. in l. quicquid astringende in fin. & l. in illa stipulatione si Kiendis sup. eodem. l. cum sine præfinitione uers. quod si ita ff. quando dies legati cedat. l. si peculium. §. fin. ff. de statu lib. cum concord. vel sumus in casibus in quibus non censetur repetita in dispositione & tunc committitur cum effectu statim ac purificata fuerit conditio etiam ante diem l. hoc iure. supra eodem, alias expectãda erit dies ut tunc cõmittatur etiam si tunc non esset adhuc purificata conditio ut ibidẽ dicitur, Dices tu quomodo cognoscam an dies adiecta conditioni censeatur repetira in dispositione nec ne. Respondeo ex mente Bart. in hac leg. duó sunt casus in quibus præsumitur ista repetitio. Primus quando in principio dispositionis adiecta est dictio tunc, quæ cum denotet extremitatem temporis nimirum si in dispositione, semper censetur repetita dies conditionis. l. 4. §. 1. de cond. & demonstr. Secundus casus est, quando conditio pendebat ex facto promissoris, ueluti si stichum non dederis dabis mihi centum, tunc enim semper præsumitur dies repetita etiam si nõ adesset dictio tunc, text. est in dicta l. in illa stipulat. si Rlendis, cum alijs adductis hic per Bart. & ex his modo intelligis quando non censetur repetita, quando scilicet cõditio non dependet ex facto promittentis, sed tertij uel à viribus fortunæ neque adest dictio tunc & ita intelligitur dicta l. hoc iure. rationem diuersitatis vide

vide ibi per modernos in dicta.l.in illa stipulatione si Klen. & infra tangam aliquid ad aliud propositũ secũdus casus, est quãdo non fuit adiecta dies & tũc vel illa conditio collata est in aliquẽ actum qui nõ potest sortiri effectum nisi post mortem agentis, & ante non committitur, nisi ubi certũ fuerit illud non posse amplius fieri, & sic vltimo eius uitæ spiritu iste est casus.l.si quis libertatem.ff.de statul.ibi.n. dictum fuit si heræs non manumiseriit seruuum in testamento esto liber & sic contulit manumissionem in tempus testamenti quod testamentum cum posit fieri vsque ad ultimum uitę spiritum de eo tẽpore cẽsetur cogitasse testator ut ibi dicitu r & si dixeris Quid si ante hæres fecisset testamentũ in quo seruũ non manumisisset, certe tunc uidetur purificata conditio, quia intelligitur de primo testamento per notata per glos. in . l. quod seruius in fin de cond. casus data, facit tex. in.l. Boues.§.hoc sermone de uerb. & rerum. signif: sed contrarium est veritas, immo in hoc casu expectaudus est vltimus uite spiritus ut ibi dicitur & ratio est qa testamentũ uidixis non sortitur effectũ nisi post mortem.l. 1. C.de Sacr.eccl.& per hoc tolluntur cõtraria, loquũtur enim quãdo primus actus habuit suã perfectionem: si uero conditio facta est simpliciter & tunc uel dependet ex facto promissoris, ueluti si Sticum non dederis, uel ex facto tertij, ueluti si Stichus mihi non soluerit, si dependet ex facto tertij uel ille tertius erat iam obligatus stipulãti ad id quod modo deuenit in conditionem & tunc illud debitum, cõmittitur, simulac ille tertius fuerit in mora soluẽ

K di

di & iste est casus.l.fideiussor.§. fin.ff.de fideiussoribus, subiecta enim materia demonstrat de eo tempore uerisimiliter sensisse contrahentes ut ibi dicitur si uero ille tertius non erat ad hoc obligatus & tunc dicam indistincte nunquam committi hanc stipulationem nisi postquam certum fuerit per tertium non posse illud fieri cum interim pendeat conditio & Quamuis aliquo casu fuerit dispensatum, in ultimis s.uoluntatibus ut pœna committatur quam primum potuerit heres facere & non fecerit ut in fra uidebis,hoc tamen intelligendum est quando conditio dependebat ex uoluntate promitentis seu hæredis non autem quando dependebat ex facto tertij,quia hic non sub est equitas propter quam voluerit lex esse recessum à regula iuris communis; & hoc fuit hic obiter de mente Bart. si recte animaduertis, dum illa uerba & ipsius rei naturam posita in hac lege in uers.id que utilitatis, exponit post glos.Quamuis ipsa expositio non possit congruere uerbis. Si uero conditio dependebat ex facto promittentis seu debitoris, uel loquimur in ultimis uoluntatibus uel in contractibus, si in ultimis uoluntatibus. Distingue tres Casus: Primus est quando tam in conditione quam in despositio-
23 ne Continebatur aliquid de sui natura fauorabile, ut puta si dictum fuerit, si hæres seruum non manu misserit liber esto, quo casu in omni parte continetur datio libertatis, & hic certum est libertatem deberi, simulac hæres potuerit mаumittere & non fecerit de hoc est tex. in.l.si peculium in fi.ff.de statu liberis: Ratio est quia hic propie concurrit duplex

plex fauor, conseruande uoluntatis defuncti.l. uel negare.ff. quemadmodum testamenta aperiantur, item etiam natura ipsius rei cum libertas adeo in iure sit fauorabilis ut est notũ, sic in simili uides, quod quamuis regulariter quando conditio negatiua deu pendet ex facto legatarij non alias potest consequi legatum nisi prestitta cautione Mutiana juxta tex.in.l. Mutianæ.ff.de cõd. & demon hoc tamen, fallit quando sub tali cõditione relicta est libertas tunc enim. censetur purificata, conditio quam pri mum seruus potuerit illud facere & non fecerit & sic non est opus Cautione Mutiana fauore libertatis iste est casus notabilis, qui non debebat confun di, cum materia nostra, in l. libertas.§.1.ff. Manu missis testamento: secundus Casus est quando in conditione continetur aliquid de sui natura fauora bile non autem in dispositione, exemplum erit si te stator dixerit si hæres penum non dederit dato cen tum. Quo casu in conditione uenit pœnus qui cũ cõtineat alimẽta est res de sui natura fauorabilis ut hic per Bart. quod non est in conditione in qua cõ tinentur centũ, & in hoc casu quamuis Petrus & Ia cobus de Rauenna quorum opinionem conantur sustinere nonnulli ex modernis existimauerint nul lam esse differentiam inter contractus & ultimas voluntates, & ideo distinguendum esse vt modo di cam in contractibus tu tamen noli recedere à sentẽ tia Bart. & communi quę vult, in hoc casu tale legatum committi simulac hæres potuerit dare penũ & non dederit quemadmodum in casu proxime precedenti, & hoc siue inceperit a conditione siue

 a disposi-

à dispositione, In quam opinionem non modo con ueniunt communiter nostri interpretes, sed etiam concurrebant Antiqui legum latores, Pegasius. S. Sabinus & Papinianus vt expresse patet ex illo versic. id que defendebat & præsertim in illis ver bis sequentibus. Idque vtilitatis &c. quibus verbis cogimur inuitis dentibus constituere aliquam specialitatem in vltimis voluntatibus: Ratio autem specialitatis est duplex fauor, vt paulo ante dixi primo voluntatis defuncti quæ Iuris interpretatio ne censetur fuisse talis Item & natura rei cum sit fauorabilis vt dicit hic Papinianus, neque obstat ꝙ in dispositione nõ contineatur pęnus, qa illa centũ cẽsetur sub rogata in locũ pœnus unde sortiuntur eius naturã. l. si eum. §. q iniuriarũ. ff. si quis caut. l. item veniũt §. cum prædiximus. ff. petit. hered. tertius casus est quando neque in dispositione neque in conditione continetur aliquod fauorabile, & hic pro fecto est maius dubium nã in casu de quo querimus non habemus aliquam legem quod in vltimis voluntatibus debitũ & pęna committatur, quã primum hæres potuerit facere, & non fecerit, pre ter duo iura preallegata tex. s. in dicta. l. si peculiũ & tex. nostrũ in dicto vers. idque defendebat: alia. n. iu ra que ad hoc adducebat hic Bart. nihil faciunt vt poteris ex illorum in spectione, facile intelligere: hec autem duo Iura loquuntur in penu & libertate quorum utrumque est sunt natura fauorabile ut supra dictum est non ergo videtur verisimile quod le gum latores restrinxissent se ad casus fauorabiles si illud esset generaliter in omnibus ultimis uoluntati-

tatibus cum lex. debat esse sub eo in quo poterat esse maius dubium arg. tex. in leg. quod labeo. ff. Carb. edicto, Immo existis duobus iuribus potius videtur suaderi contrarium quod in alijs casibus non fauorabilibus idem sit in vltimis voluntatibus quod in contractibus arg. tex. in leg. Ius sing. ff. de legis in alijs ergo casibus valebit arg. de contractibus ad ultimas voluntates leg. seruumfilij. §. eumqui chirografum. ff. leg. 1. leg. fi. C. de legatis.

Sed durũ profecto est cõtra stimulum recalcitrare, etiam hic non recedas ab opinione Bart. quod immo generaliter in omni ultima uoluntate, debitũ & pœna cõmittatur simulac hæres potuerit facere & non fecerit, talis.n.fuisse censetur uolũtas, defunti ut expresse dicitur in hoc tex. in quo licet. Papinianus ad ostendendũ q̃ debili argumento & exẽplo defendebat opinionem suam Sabinus, uisus sit duo considerasse, & uoluntatẽ defuncti & naturã pœnoris tamen ex hoc mihi probatur, quod semper etiam ubi non esset natura rei, est tamen uoluntas defuncti, cum Papinianus posuerit hæc duo tanquam ambo principalia & diuersa, si adest uolũtas defũcti, ergo sola sufficere debet absque quod concurrat natura rei, ipsa enim regina est in testamentis. l. in cond. primum locum. ff. cond. & demonstr. §. disponat. Aut. de nupsijs; & quidem licet hec opinio non posset efficaciter iure probari, probatur tamen uiua racione & ęquitate, quis.n. non uidet maximam esse perfidiam hæredis qui cum posset soluendo id quod erat in conditione,

 euitare

euitare prçſtationem legati differt ſolutionem utri uſque que dilatio, quãuis uerbis cõuenire uideatur & propterea tolerãda eſt in ſtipi uxta tex.in.l.quicquid aſtringende .ſ. eod.non tamen conuenit nec equitati quæ viget in teſtamentis.l.inteſt. de reg.iuris, neque voluntati teſtatoris, omnis enim dilatio legati magis præſumenda eſt prçter eius intentionem hinc vides quod in conditionibus negatiuis dependentibus ex facto legatarij ad tollendam hanc dilationem lex excogitauit remedium cautionis mutianæ dicta.l.mutianæ de cond.& demonſt. quamuis nonnulli putarint illud remedium extenſum fuiſſe etiám ad contractus.exquibus omnibus ceſſant rationes pro contraria parte aductç.ſi vero ſumus in contractibus & tunc vel fuit actum quod non ſoluto eo quod venit in conditione debeatur utrunque & illud idem dicendũ eſt quod in vltimis voluntatibus vt.ſ. pœna committatur quã primum promiſſor potuerit facere & non fecerit, & ita intelligitur iſte tex.in verſ. quod ſine dubio ſecundũ Oldradũ ratio huius dicti eſt in promtu nõ .n. hic poſſumus præſumere partes voluiſſe vt pœna committatur poſtquã certum fuerit id quod venit in cõditionem nõ poſſe preſtari,poſtqnam voluerunt,vt vno eodẽque tempore vtrunque prçſtetur ergo de neceſsitate credendũ eſt partes ſenſiſſe vt pœna cõmittatur quamprimum promiſſor fuerit in mora: certe hoc dictum eſt in ſe verum per rationem prçdictam quæ nimis concludit at quod ille verſ. quod ſine dubio habeat hunc ſenſum quem dixit Oldradus eſt falſum non.n. loquitur ibi Papinianus quã-

do ſtipulatio incepit à precedenti conditione,ſed à diſpoſitione vt in fra videbis, ſi vero de hoc quod vtrumque debeatur non fuit actum quo caſu, certũ eſt ſtipulantem,altero tantum debere eſſe contentũ iuſta tex.in.l.apud celſum.§.labeo.ff.de doli mali except. & hic Pegaſus reſpondit pœnã committi, tunc demum poſtquam certum fuerit id quod erat in conditione non poſſe preſtari, quod reſponſum refert in hac.l.Papin.in verſ. Itẽ ſi quis, ratio huius reſponſi de ſe patet. Donec enim pendit conditio quia ignoramus an ſit extitura nec ne non poteſt na ſci obligatio dicta.l.Item quia ſupra de pactis. contrariã ſententiam quod Immo etiam in cõtractibus, pęna cõmittatur,qamprimũ promiſſor potuerit pre ſtare & non præſtiterit, tenuit Sabinus. Iureconſul. quem refert hic Papinianus in verſ. Sabinus autem mouebatur tali arg. valet arg. de ultimis uolũtatibus ad contractus ut ſupradictum eſt ſed, in vlti mis uoluntatibus pœna committitur quam primũ hæres potuerit preſtare & non preſtiterit vt patet in exẽplo penus legatę & ſupra dixi. ergo idẽ quoque dicendum erit in contractibus. Quod Sabini arg. refert. hic Papinianus. in verſ. idque defendebat. Præterea pro ſententia Sabini facit tex.in.l. iure ciuili de cond. & demoſtr.ff. ubi dicitur quotiens,quod conditio non adimpleatur ſtat per eum cuius intereſt non adimpleri,cõtra eum haberi pro impleta, & retenta opinione Sabini non obſtat ratio qua potuit moueri Pegaſus licet.n.attento ſono verborum pœna non videatur poſſe committi, do nec conditio eſt in ſuſpenſo tamen ſententia contra

hentium uidetur fuiſſe talis, vt committatur pęna quam primum potuerit, alias expectaremus conditionem etiam in ultimis volũtatibus quæ reſponſio Sab. tacite colligitur ex illis verbis Sabinus autem ex ſententia &c.Hoc nõ obſtãte Papinianus approbat ſententiam Pegaſi. quod .ſ. in contractibus ubi cæptum eſt à conditione,pęna non committatur antequam certum fuerit non poſſe preſtari id quod erat in condit. per rationem ſupradictam:ad Argumentum Sabin. reſpondet quod illud quod dicitur de penu legata eſt ſpecialiter introductũ propter voluntatem defuncti & etiam propter naturã rei declarando vt ſupra & ſic non poſſumus nunc arguere de contractibus ad vltimas voluntates.l. Ius ſingulare.ff.de leg. quã reſpõſ. poſuit hic Papinianus in verſ. Idque vtilitatis & c. neque obſtat tex. in dicta.l. Iure ciuili, illa.n.lex non loquitur quando conditio fuit collata in voluntatem promeſſoris,ſed in poteſtatem creditoris, quo caſu fator quod ſi ſtat per promiſſorẽ quo minus per creditorem impleatur habet pro impleta vt ibi dicitur. ſed contra hanc reg. Pegaſi fortiter urget tex. in.l. ſi titius ſupra eod. vbi ſtipulatio fundi ſub conditione ſi alteri non fuerit datus committitur, ſimulac ſuper fundo ſecuta fuerit litis conteſtatio,Ecce ſumus in contractibus, ſtipulatio Incepit à conditione, & tamen non expectamus quod certum ſit fundum non poſſe dari vt dicebat Pegaſus. Turbauit profecto lex illa ingenia noſtrorum interpretum,vt poteris intelligere, ex varijs ſenſibus, quos illi accommodarunt, relatis hic Bart. cuius reſolutio nõ eſt

vt alibi

ut alibi dicebat Cumanus nisi compositio quædam Quatragesimalis.q.n. de perplexitate dixit secutus Acurtium, non bene declarauit, vbi in eo tex. consistebat ista perplexitas, quod autem postea dixit id eo legem uoluisse dissolui hanc perplexitatem, quia nunquam fuisset dissoluta per promissorem non est profecto uerbum dignum Bart. & eius ingenio, poterat. enim perplexitas illa aliter dissolui quam uoluntate promissoris ut puta morte alterius cui fundus in cōditione erat dandus ut ibi per eum dum reprobat sensus antiquorum. Præterea si hanc rationē Bartoli. seq. uolumus idem dicendū erit in omni conditione negatiua quæ pendet ex uoluntate promissoris, quod esset contra hanc tex. postremo quod ultimo loco dixit casum illius legis habere similitudinem cum cōstitutionem duorum reorum neque est nimis tutum, nulla .n. in casu de quo loquimur potest esse similitudo, cum in duobus reis nata sit obligatio propter conuentionē puram, at difficultas in qua laboramus est quia non debebat posse nasci obligatio cum adhuc penderet conditio subqua erat concepta, & hac ratione utebatur ipsemet Bart. contra opinionē Irnerij in hac lege sub uers. expediti de prima parte in .3. opposi tiōe Bart. Quid ergo dicemus, breuiter, dum ibi Titius stipulatur à sempronio fundum, si non fuerit datus Seio, in hac stipulatione, censetur prælatus Seius Ietio, & Titius Sempronio pro vt dicimus in donatione causa mortis. leg. senatus. ff. de don. causa mortis, dum postea e conuerso Seius stipulatur eundem fundum si non fuerit datus Titio, in hac

stipu-

ſtipulatione cenſetur, modo Seio Prælatus Titius & ita poſſet intelligi id quod Bart. & alij dixerunt de perplexitate, quod ergo in eo tex. non expecte tur tempus quo certum ſit alteri non poſſe dari, uenit ex eo, quod illa conditio non eſt poſita in fauorem promiſſoris, ad ſuſpenſionē actus; vt per hoc poſsimus dicere pendere conditione, eum non poſſe obligari præter eius intentionē.l. non omnis. ff.ſi certum pet. prout loquitur reg. huius legis, immo eius intentio præciſe fuit ſe obligare ad preſtationē fundi,aut Titio aut Seio, cum illa conditio ſi nō dederis ſit poſita in fauorem Titij aut Seij, ipſe autem promiſor reperitur poſt poſitus utrique tam Titio quam Seio, & ſic in effectu uis ſecundum me ſtat in hoc, in cuius fauorem ſit appoſita conditio, in fauorem promiſſoris, an in fauorem tertij, ut primo caſu loquatur reg. huius legis, ſecundo dicta. l. ſi Titius, ſic in ſimili uides, quod quando conditio dependet ex facto promiſſoris, dies adiecta conditioni cenſetur repetita in diſpoſitione,ſecus vero ſi conditio dependet ex facto tertij ut ſupra dixi, ratio diuerſitatis eſt quia primo caſu dies cenſetur appoſita in merum fauorem & dilationem promiſſoris, & id eo donec non venerit illa dies non poteſt cogi ad ſoluendum, ſecundo uero caſu quando conditio dependet ex facto tertij, dies non cenſetur appoſita in dilationem promiſſoris ſed ad cognoſcendum ſeu expectandum, an ventura ſit conditio nec ne, uide de hoc modernos in dicta.l.in illa ſtipulat. ſi Klen. & propterea nō eſt extraneum,ſi ante diem purificata conditio

ne,de-

ne, debitor obliget cum eius intentio fuerit se omnino obligare. Ita dicam in proposito quando conditio est adiecta fauore promissoris, ad eius dilationem, non debet obligari antequam purificetur cond. at quando est adiecta in fauorem tertij, nulla ei fit iniuria quod compellatur soluere antequam fuerit purificata conditio: dices tu immo si cogeretur soluere antequam certum fuerit non posse dari alteri erit contra eius intentionem, quæ non promissit simpliciter sed sub hac conditione si non dederit alteri donec ergo ista cõditio stat in suspẽso non debet effectualiter obligari, & in hoc propre stat difficultas. Respondeo Immo contra eius intentionem esset si expectaremus istud tempus ut desinat posse dari alteri si enim vt detur Titio expectabimus quod desinat posse dari Seio, hoc erit contra mentem stipulationis Seij in qua Titius fuit Prælatus Seio, sic è conuerso si vt detur Seio expectamus quod desinat posse dari Titio, hoc erit contra stipulationem Titij, in qua Seius fuit Prælatus Titio, de necessitate ergo fateri cogimur mentẽ promittentis, fuisse ut ocupãtis melior sit conditio, & sic ꝙ determinatè nemo alteri censeatur propositus, alias perplexitas esset stipulation. Secund. Casus
28 erat quando pena incipit à præcedẽti dispositione, quo casu uel incepit à ꝓcedẽti cõuentione nuda uel uestita, si nuda certũ est quod ad cõmissionẽ pœne non expectatur tẽpus ut desinat posse fieri quemadmodũ casu in præcedenti, vt est tex. in. l. nuda. C. cõtrahenda ea com. stip. & l. si pacto quo pena. C. pactis, sed dubium est an sufficiat sola interpellatio ex

traiudi-

traiudicialis, vel requiratur litis conteſtatio prout uidentur innuere illa iura. de quo dic ut modo dicā inferius; Si vero à diſpoſitione ueſtita vel inualida ea tamen inualiditate, quæ non ſolet afficere ſtipulationem pœnalem alias non eſſet tractandū quando pœna committatur & tunc uel dies fuit collata in voluntatem promiſſoris, & exſpectadnum eſt quod deſinat poſſe fieri iſte eſt caſus verſ. Quod ſi ab initio hac eadem. l. ratio de ſe patet, vel dies non fuit collata in voluntatem promiſſoris, & tunc illud idem quod dixi quando diſpoſitio fuit nuda ut ſcilicet committatur per interpellationem, vel litis conteſtationem. l. ſtipulatio iſta. §. alteri vbi. gl. ſup. eod., ſi vero diſpoſitio fuit veſtita & valida & tunc ſine dubio committitur, quam primum potuerit facere & non fecerit, ſecuta interpellatione. l. ſi pœnum. ff. quando dies legati & in hac. l. verſ. Itaque tāto magis ſit poneres actum fuiſſe vt vtrumque debeatur, & iſte eſt caſus verſ. quod ſi ab Initio. Qui propie loquitur quando ſtipulatio incepit à præcedenti diſpoſitione. Pro perfectiori intelligentia prædictorum. Quæro de duobus primo in tribus caſibus ſupradictis in quibus committitur ſtipulatio pœnalis, qui ſi recte conſideras, ſunt tres, quando certum eſt non poſſe fieri, Quamprimum potuerit, & per aduentum diei, requiritur vltra hec ad commiſsionē pœne quod debitor fuerit interpellatus ad faciendum id quod erat in conditione; an ſufficit, unum expredictis, & primo uidebimus an ſit neceſſaria interpellatio ſecundo poſito quod ſic an ſufficiat interpellatio extraiudicialis,

cialis, vel requiratur lititis conteſtatio. Secundo quæro quæ eſt ratio diuerſitatis inter duas reg. traditas hic per Papinianum vt pœna quæ inciperit à conditione nõ committatur niſi poſtquam certum fuerit non poſſe fieri, quę vero à diſpoſitionẽ committatur quam primum potuerit, & vt ab hoc vltimo incipiam reſpondeo. Tu debes ſcire quod quãtum ad nos attinet ſtipulatio pœnalis committitur Altero ex duobus modis vel ratione moræ vel propter euentum conditionis, committitur ratione moræ quando concepta eſt ſub conditione ſi non fuerit præſtitum illud, quod prius contrahentes ægerant vt præſtetur, quo caſu pœna cenſetur poſita ad maiorem cautelam creditoris, & ad puniendam morã debitoris factam in ſolutione eius quod ſ lui debebat Iſtud autem non habet locum quando ſtipulatio incepit à conditione, tunc.n. partes nõ ægerunt vt ſoluatur aliqnid ante commiſsionem pœnę poſita enim in conditione non cenſentur poſita in diſpoſitione. l. ſi quis ſub conditione dandorũ. ff ſi quis omiſſa cauſa teſtmẽti cenſentur ergo tunc voluiſſe vt pœna committitur propter euentum conditionis, quæ conditio ſemper pendet donec non fuerit certum eam non poſſe amplius exiſtere, hæc eſt igitur ratio quare ſtipulatio, quæ incępit à diſpoſitione committitur quam primum promiſſor potuerit, quia venit ex ſententia contrahentium committenda ratione moræ non autem propter euentũ conditionis, quæ præſumptio, colligitur ex eo, quod prius contrahentes ægerant vt illud preſtetur & hoc eſt quod voluit dicere Papinianus in finalibus

bus verbis huius legis ibi quoniã volũtas fuisse &c. Sed dices tu Attenta hnins modi ratione stipulatio quæ incepit à præcedenti depositione nuda Seu in valida non posset committi, nisi postquam certum fuerit non posse fieri, cum.n.ex ea non orta fuerit actio.l.Iurisgentiũ.§. igitur nuda.ff.de pactis nulla potest cõsiderari mora.l.nulla mora. 1.de reg.iuris, ergo deberetur committi propter conditionis euen tum, cuius contrarium dictum fuit supra per tex. in.l. nuda &.l si pacto quo pœnam Sed huic difficultati, modo respondebo, in vltima parte seq. quæstionis. Quantum ego ad alteram quæstionem an. s.requiratur interpellatio nec ne distinguendi sunt tres illi casus prædicti aut enim pœna committitur postquam certum fuerit, non posse præstari & tunc certum est quod nulla requiritur interpellatio. quia esset frustratoria, frustra n. fit quod factum non releuat & in hoc omnes conueniunt aut committitur quam primum promissor præstare potuerit & tunc vel sumus in casibus in quibus pœna incœpit à præcedenti dispositione, & quidquid senserit gl. in verbo confestim veritas est quod ad com missionem pœnæ necessaria est interpellatio, neque sufficit quod promissor potuerit facere & non fecerit prout prima fronte videtur voluisse hic Papinianus in illis verbis hæredem enim &c. de hoc enim quod sit necessaria interpellatio habemus legẽ & rationẽ.Lex c.l.si penũ.ff. Quandodies legati cœdit.l. fideius.§. fin.ff.de fideiussoribus. Ratio est in pronptu, hic enim vbi pœna incepit à præceden ti dispositione venit committenda ratione more, vt

supra dixi in præcedenti quæstione, mora autem non contrahitur eo solo quod quis potuerit facere & non fecerit, sed vltra hoc requiritur interpellatio.l.si ex legati.ſ. eodem.l.quod te.ff.si certum petatur.l. si quis filium.§.stipulatio.ff.de coll.Bonorū, & ita necesse est intelligere hunc tex.licet indistincte loquatur non est enim nouum vt vna lex. per aliā declaretur.l.non est nouum.ff.de leg. neque uis Iurisc' stabat in hoc ansit necessaria interpellatio nec ne hoc.n.erat pro constāti, sed intendebat declarare ansit necesse expectari quod desinat posse fieri, uel quam primum potuerit secundum intellige terminos habiles.ſ. secuta interpellatione: Tanto magis quia vt dicebat hic Cumanus ipse nec Sabinus videtur se declarasse in hunc modum dum enim in verſ. idque defendebat dixisset prius, confestin agendum ad pœnam vbi promissor potuerit præstare & non præstiterit subdit postea melius declarans, & tandiu non posse agi, quandiu per promissorem non steterit, licet ergo potuerit promissor præstare & non præstiterit, hoc tamen non sufficit, vt prima facie videbatur dicendum ex primis verbis, sed requiritur quod insuper per promissorē steterit quominus præstaretur, non dicitur autē per promissorē stare nisi secuta interpellatione dicta.l. si ex legati ergo etiam ex hoc tex, videtur posse probari necessariā esse interpellationem: si vero sumus in casibus in quibus licet pœna inceperit à cōditione Adhuc tamen committitur quam primum potuerit., vt puta quia sumus in vltimis uoluntatibus vel fuit actum vt utrumque debeatur iuxta ea

quæ

quæ ſupra dixi & hic profecto eſt maius dubium interpellatio enim non videtur poſſe adaptari ad ea quæ fuerunt poſita, in conditione tantum, cum non fuerint promiſſa dicta .leg. ſi quis ſub conditione nihil omninus non recedas ab opinione Pauli Alexan. & aliorum qui dixerunt etiam in hoc caſu neceſſariam eſſe interpellationem, quę opinio licet re vera efficaciter non probetur lege, probatur tamen efficaci Ratione, Iccirco.n. in illis caſibus licet pęna inceperit à conditione committitur quam primum potuerit, quia lex in his caſibus præſumit collatam fuiſſe commiſsionem pœnæ in tempus moræ perinde ac ſi inceptum fuiſſet à diſpoſitione alias non committeretur niſi per conditionis euentum ut ſupra dixi, ſed mora ut modo dixi in caſu proxime præcedenti nō contrahitur ſine interpellatione ergo, &c. tāto magis quia abſurdum videtur ut deterioris ſit conditionis promiſſor quando cœptum eſt à conditione, & in perſona creditoris plura concurrerent ſpecialia quod eſt vitādū iuxta notata in.l. 1.C. de dotis promiſsione, & hæc opinio videtur poſſe probari in hoc tex. in verſ. Sabinus autem inducendo vt modo dixi in caſu præcedenti, ſecundum Cumanum, quæ inductio propie cadit in hoc caſu, Sabinus enim loquebatur quando pœna incepit à conditione vt patet ex argumento ſuo de pœnu legata, quod exemplum de neceſsitate debes intelligere in hoc caſu quando ſcilicet legatum incœpit à conditione alias nulla eſſet ſpecialitas, in vltimis uoluntatibus, quod eſt contra mente uerſ. Idquæ utilitatis ut

tis vt supra licet, Iste sensus videatur repugnare ver bis, dum dicit, penus legatæ, quod non esset si penus fuisset tantum in conditione, vt est tex. expressus in dicta.l. si penũ in fine. ff. Quando dies legati cędit, sed dic legatæ quantum ad solutionem licet, non quantum ad obligationem dicta.l. si penum. Melius enim est destruere verba, quam sententiam l.3.C. de liberis præteritis. vltimus casus est quãdo pena committitur per aduentum diei. Vbi distingue tres casus & aduerte. primus casus est quando dies fuit adiecta dispositioni principali, veluti si dictum fuisset, promittis stichum ad pascha, & si stichum non dederis &c. & tunc certum est quod adueniente die committitur pœna absque ulla interpellatione, cum hic dies interpellet pro homine iste est casus.l.magnã.C.de contrah.& comm. stip. l. traiectitiæ supra tit. 1. Idemq. dicas quando in principali dispositione, si non expresse saltim tacite ex natura rei contineretur dies, exemplum sume ex.l. interdum &.l. si ita stipulatus abs te vbi Alex. supra eodem quod firmat hic Alex. in glo. 1. Secundus casus est quando dies est adiecta dispositioni penali veluti promittis stichum & si stichum non dederis, nomine pene certum ad pascha, & tũc vel ante aduentum diei fuerat purificata conditio, vt puta quia certum fuit stichum non posse dari, & hic, ad commissionem pęnę cum effectu, sufficit solus aduentus die iuxta supradicta, neque requiritur aliqua interpellatio cum esset frustratoria, vt dixi in primo casu huius quæstionis, si vero ante aduentum diei non erat purificata conditio hic

profecto est maius dubium, in quo dic, vel pœna cui adiecta est dies incepit à conditione, & tunc dico nullam, requiri interpellationem, sed sufficere solum aduentum diei ratio est in promptu, quia in hoc casu partes noluerunt pœnam committi ratione more, tunc enim esset necessaria interpellatio, sed propter euentum conditioni, unde nihil prodest isterpellatio, & quod hoc sit verum patet: quia si Stichus qui erat in condi tione decesserit ante diem quo casu nulla potest imputari mora promissori Adhuc tamen adueniente die tenetur ad pœnam cum verificata fuerit conditio.l. in illa stipulatione si Klendis supra eodem. Si vero inceperit pœna à dispositione, & tūc dico, ad commisionem pœnæ nom sufficere solum aduentum diei sed necessariam esse interpella tionem & ratio est, quia hic partes censentur uoluisse vt pęna committatur ratione more & hoc patet ex eo quod si stichus ante aduentum diei decesserit promissor non tenetur amplius ad pœnā, cum non fuerit in mora, vt probatur in .l. si homo mortuus, supra eodē & uoluit hoc Bart. in dicta.l. in illa stipulatione si Klendis: ergo ad constituendum debitorem in mora necessaria est interpellatio, ut supra dixi. Neque obstat quod hic adsit dies quæ videtur interpellare pro homine dicta.l. magnam. Dies enim de qua loquimur, est adiecta pœne, non autem, dispositioni in qua necesse est vt præcedat mora ad commisionem pœne, in illa ergo requiritur vera interpellatio per supradicta. Tertius casus est quando dies adiecta est con-

ditioni veluti si intra biennium Stichum nō dederis &c. quo casu indistincte dicam nullam requiri interpellationem, siue inceperit à conditione, siue à dispositione, eum dies adiecta interpellauerit di-
31 cta.l.magnam. Vltimo est videndum in casibus in quibus dixi necessariam esse interpellationem, Numquid sufficiat interpellatio extraiudicialis, an requiratur litis contestatio aduerte; uel interpellatio requiritur ad occupandam actionem, quā sperabat alter habere, & tunc dico necessariam esse litis contestatione casus est in dicta.l.si Titius, facit quod dicitur de duobus reis in.l. ex duobus .i.tit.1. Accedat tex.in.l.si stipulatus fuero x.in mel le.i.de solutionibus, vel interpellatio requiritur tantummodo ad commissionem pęnæ, & tunc uel pęna incepit à præcedenti conuentione seu dispositione vestita & ualida, & in hoc casu clarum est, quod sufficiat sola interpellatio extraiudicialis, ut est tex. in dicta.l. si penum. quando dies legati cedit, ratio est quia ad constituendum debitorem in mora, ea sola sufficit dicta.l. si ex legati, supra eodem & habetur in.l.quod te.ff.si certum petatur & in.l.mora.ff. usuris, vel incepit à pactione nuda, & idem dico si à uestita sed in ualida & in hoc sunt mire controuersie inter doctores vt uidere licet ex adducti hic per Bart. Quidam enim ut Dinus & alii dxerunt in hoc casu requiri litis contestationem, quorum opinio videtur probari lege & ratione, lege quia est textus expressus in dicta l. nuda & leg. si pacto quo pœnam. ratione quia hic interpellatio extraiudicialis non vi-
 detur

detur posse constituere debitorem in mora cum non posit efficaciter conueniri .l. nulla mora de reg.iuris.l.si pupilli. supra eodem. Quidam vero vt Petrus dixerunt sufficere solam interpellatiõn. extraiudicialem. cum enim istud videamus in con uentione uestita dicta.l.si penum. ergo idem in nu da cum sit eadem ratio ut hic per Bart. qui hanc opinionem corroborauit pluribus rationibus; Itẽ etiã est alia controuersia inter eos. Quidam enim uoluerunt hanc interpellationem seu litis contesta tionem, non posse fieri iure ordinario, sed de facto ex legis dispensatione quę opinio fundatur ex eo quod cum ex pactione nuda non sit nata obliga tio dicto.§.igitur nuda.l.iurisgentium.neque actio, ergo neque de iure potest fieri litis contestatio, ne mo enim sine actione experitur.l.si pupilli.§.uidea mus.ff. negotii gestis.l. quotiens.§. si temporali de administratione tutorum. Alij vero vt Bart. post eundem Petrum, dixerunt hanc interpellationem esse de iure ordinario absque ulla dispensatione, quemadmodum si conuentio fuisset uestita per ra tiones suas, ut hic per eum, Item etiam adhuc re-manet alia controuersia. Quidam enim dixerunt hanc litis contestationem non posse fieri super pę na cum adhuc pẽdente conditione non posit agi, sed fieri debere super pactione nuda, & in hac opi nione erat Ioannes glossator antiquus quæ opi-nio videtur probari ex dicta.l. nuda quamuis Bart, destruat illum textum. Quidam dixerunt li-tis contestationem non posse fieri super pactione nuda cum ex ea nulla nata sit neç nasci speretur obli-

obligatio, sed fieri debere super penali ex qua statim speratur nasci obligatio arg. tex. in dicta.l. si Titius, quæ opinio uidetur probari in dicta.l.si pacto quo pęnā ex quibus nata est tertia opinio Dyni qui uoluit litis contestationem fieri posse super utraque prout elegerit stipulator per illa duo iura quæ adinuicem uidentur aduersari. Quid dicemus, in tanta controuersia horum patrum. Constitue huiusmodi regulas. prima est, Ad commissionem pęnę ipso iure, ut pęna incipiat deberi, teneo opinionem Petri & Bart. quod sufficiat sola interpellatio extraiudicialis, pro qua opinione moueor potissimum, propter unam ex rationibus quas addu cebat Petrus, quę declarando vt modo dicam, mihi uidetur nimis concludens. Quæro à te qua ratione pœna quæ incepit à præcedenti conuentione committitur per solam interpellationē extraiudicialem, quam primum potuerit promissor soluere & non soluerit? Nulla alia quidem nisi quia in hoc casu non censentur voluisse contrahentes, ut pœna committatur per conditionis euentum, sed per moram factam in dispositione principali, & hæc præsumptio unde colligitur? ex eo qđ partes in dispositione principali uoluerunt, ut illud soluatur, tunc enim censentur uoluisse ut soluatur, non postquam certum fuerit non posse solui, sed quam primum potuerit & stipulator interpellauerit, Dum ergo postea in conditione dixerunt, si illud solutum non fuerit &c. intelligitur si solutū non fuerit, pro ut modo actum fuerat tacite in præcedenti dispositione, & sic quam primum po-

tuerit arg.tex.in dicta.l. in illa stipulatione si Klendis & hæc ratio est uere de mente Papiniani in finalibus uerbis huius legis ibi quoniã uoluntas &c. Hęc ratio uniformiter militat siue pęna inceperit à pactione uestita siue à pactione nuda, licet enim quantum ad efficaciam obligationis sit inter illas maxima differentia, tamen, quantum ad uoluntatem contrahentium, nulla profecto est differentia. Quemadmodum enim in pactione uestita, promissor qui simpliciter promisit soluere, censetur promisisse quam primum fuerit ab eo petitum & potuerit, ita quoque dicendum erit, uoluisse promissorem in pactionem nuda. Quantum enim ad colligendam uoluntatem agentis parum interest, qđ actus sit solennis, nec ne.l.legatum.§.1.ff.de adimedis legatis, quemadmodum igitur si expresse fuisset dictum, si ea quæ promisi per pactum nudum, non soluero, quam primum potuero, & à te fuero interpellatus, certum est, quod sola interpellatio extraiudicialis sufficeret cum sic placuerit contrahentibus, eadem ratione debet sufficere, quando simpliciter fuit dictum si nõ solueris, cum tantundem sit ut patet ex prædictis: præterea quãdo pœna incipit à præcedenti conditione, & sumus in casibus in quibus nõ expectatur quod desinat posse fieri, qui casus quales sint patet ex prædictis, certe ad commissionem pœnæ sufficit sola interpellatio extraiudicialis, ut probat iste tex. in vers. Sabinus. secundum qnod supra induxi ex mẽte Cumani, ergo tanto magis quando pœna incæpit à præcedenti conuentione, licet nuda vel inualida,

ualida; debet sufficere sola interpellatio extraiudicialis, quæ uere minus videtur posse adaptari, conditioni, quàm pactioni nudæ. & quidem si nos dicimus non sufficere in casu isto interpellationem extraiudicialem, expectandum esset vt committatur per conditionis euentum, & sic vt certum sit nō posse fieri, tempus enim litis contestationis, non video quo modo in casu nostro potuerit esse cogitatum à contrahentibus, si enim consideramus ius ordinarium magis in casu nostro est inconueniens contestatio in iudicio quàm interpellatio extra iudicium, illa enim non uidetur posse pendere ex consensu contrahentium, cum nemo uelit lex. ut sine actione experiatur ut supra dixi. Ac hic nihil repugnat, uoluisse contrahentes, ut pœna cōmittatur, postquam promissor moram fecerit in solutione principalis debiti, quæ mora licet in casu isto non posit cousiderari de iure, intelligetur de facto prout hic dicebat Bart. & ita de interpellatione licet de facto. Concludo ergo ex prædictis opinionem Bartoli & Petri esse ueriorem.

Secunda regula est, huiusmodi: ad commissionem pœnæ cum effectu ita ut debitor posit absque illo remedio exceptionis, compelli ad solutionem pœnæ non sufficit sola interpellatio extraiudicialis, Adhuc enim debitor interpellatus poterit purgando, moram soluere debitum principale & euitare solutionem pœnę, ut habetur in l. si insulam. supra eodem, sed requiritur litis contestatio facta super pœna, ea enim secuta, non poterit reus purgare amplius moram, sed præcise tene-

bitur, ad pœnam. Iste est casus. l. 1. in fine de penu legata & dictæ. l. si insulam.

Tertia regula est ista. Sola motio litis facta in iuditio antequam reus responderit petitioni actoris & sic antequam perfecta sit litis contestatio iuxta textum in l. 1. C. de litis contestatione, facta super pœna, non impedit quominus possit debitor habere electionem, offerendi actori, quid sibi placuerit, debitum principale an pœnam; & iste est casus dictæ. l. si pacto quò pœna, & idem dico si lis fuerit mota super debito principali cum sit eadem immò maior ratio:

Vltima regula est huiusmodi. litis contestatio facta super debito principali, siue descendat ex pactione nuda siue vestita quia de hoc non curo, operatur quòd creditor iterum agendo ad pœnam potest illam efficaciter petere, neque reus potest amplius moram purgare, quòd non esset si super debito principali præcesßisset tantum interpellatio extraiudicialis, ut supra dictum est & iste est casus l. nuda. C. de contrahenda, & committenda stipulatione. Et hæc sufficiunt ad declarationem præsentis legis. Laus Deo.

IOAN-

IOANNIS BERNARDINI BRANCAE IVRECONSVL.

Ad l. Transigere C. de transactionibus.



Iuiditur in duas partes principales, in prima permittit in ſecunda prohibet, à prima excipit crimen adulterij, à ſecunda crimen falſi: in Summa hoc intendit: in criminibus ingerentibus pęnam ſanguinis licita eſt tranſactio

exce-

excepto crimine adulterij, in alijs uero est prohibita excepto crimine falsi. Habes igitur ex principio huius.l.regulam quæ permittit transactionem:
1 Huius reg. ratio ponitur in.l.1.ff.de bonis eorum, ignoscendum est enim ei qui sanguinem suum redimere uoluit: & aduerte quod nomen sanguinis non sumitur in eo tex.materialiter pro ipso sanguine, ut Doctores crediderunt, sed pro Vita quæ cõsistit in sanguine, ut ibi patet, ex quo apparet nõ recte sensisse Doctores, dum dixerunt principium huius.l.habere locum in pœna fustigationis, & abscisionis membri, cum ex his elyciatur sanguis, hoc enim non puto uerum, si enim non licet redimere libertatem, quæ posset ammitti ex crimine capitali, quare debet esse permissum redimere guttam sanguinis? quod autem attinet ad abscisionem membri, crederem sententiam Doctorum esse potius humanam quam ueram, ratio enim dictæ l.1. nõ comprehendit casum abscisionis membri, ut modo dixi, neque obstat quod talis pęna uideatur æquipararari morti. §. prohibemus Auth. de coll. quia etiam seruitus æquiparatur morti.l.seruitutem.ff.de reg. iur. & tamen in re nostra nõ attenditur, ex quibus constat, quod.l.in proposito, respexerunt tantummodo, ad redemptionem uitæ: Hæc est igitur ratio ex parte rei, sed quæ est ratio ex parte accusatoris? siquidem tenemus opinionem glosæ, quod transactio ex parte accusatoris non sit licita, non est querenda ratio, cur sit permissa; sed præsupposita opinione contraria, quod sit licita ex parte utriusque Bart.dixit ex parte ac-

te accusatoris esse eandem rationem, quæ ex parte rei, cum non probando delictum puniatur, similitudine supplicij.l.fin.C.de accusatio.&.l.fin.infra de calumniatoribus, & ideo ad euitandam hanc pœnam similitudinis supplicij, etiam ipsi est permissa transactio, sed certe ratio Bart posset tolerari præsupposita opinione sua quæ uult quod accusator, transigendo in casibus permissis euitet pęnam talionis per rationem prædictam, non tamē euitet pęnam tarpiliani, quæ cum sit pecuniaria.l. 3.§.1.ff. de præuaricat. non militat ratio dictæ.l.1. ff. de bonis eorum, sed quoniā (ut demonstrabo) nulla potest assignari differentia in proposito nostro, inter pęnam Talionis, & Turpiliani, ideo hæc ratio Bart. non subsistit: retenta igitur opinio Bart. quod transactio sit licita etiam accusatori ratio potest esse ista quia lex permisit principaliter transactionē reo per rationem prædictam, sed postea in consequentiam extendit ad accusatorem propter ęqualitatem inter eos seruandam arg.tex. in.l.fin.1. de fructibus & litium expensis, unde ex parte accusatoris satis sit hæc ratio, quia est permissa reo: Iuxta hanc primam partem.l. quæro nunc de duobus primo in casibus in quibus transa-
2 ctio est prohibita, quoad quid est prohibita? Distingue duos casus; primus casus est quando transactio fit ante accusationem inchoatam, quo casu transactio est prohibita quo ad unum effectum tātummodo quia ea non obstante ipsemet transigēs poterit accusare.l.3.§. is qui.ff. de sepulchr. uiolato, fallit in duobus casibus primo quando transi-
gens

gens in accusatione fuisset ab alio præuentus dicta l. 3. & l. si Maritus §. si negauerit ff. de adulterijs. 2. fallit in adulterio in quo licet sit prohibita transactio, vt hic, tamen transigens etiam ante accusationem non potest amplius accusare .l. miles. .§. socer. ff. de adulterijs, etiam per Bartol. in dicto .§. si negauerit. Secundus casus est quando transactio fit post accusationem quo casu est prohibita quo ad plura.

Primo enim transigens videtur fateri delictum, & habetur pro victo l. in omnibus ff. de prçuaricatoribus l. 2. ff. de bonis eorum, l. eius qui & l. Imperatores ff. de iure Fisci, quòd limita tribus modis. Primo hoc habet locum in reo transigente, qui propriè dicitur corrumpere accusatorem per pecuniam vt in dictis iuribus, non autem in reo paciscente gratis, qui non videtur fateri delictum, etiam si paciscatur, in casibus in quibus non est licita transactio l. in fisci causis ff. de iure fisci, & l. furti §. pactus. ff. de his qui not. infam. Secundo limita quia transigens illicite, habetur pro confesso & conuicto, non tamen pro condemnato, & ideò necesse est vt post transactionem condemnetur, fateor tamen quòd ad condemnationem sufficit illa ficta confessio, quæ resultat ex transactione illicita, quamuis aliunde non constaret de delicto, dūmodo scias quòd reus qui transegit potest impedire hanc condemnationem si postea probauerit se transegisse propter potentiam aduersarij animo se liberandi ab illa uexatione, quinimo etiam post cō demnationem, debet audiri prout hæ omnia probantur.

bantur in l. serui'. C. de adulterijs, & in .l. eius qui debitorem, & dicta l. in omnibus cum glos. Tertio & ultimo limita, ut habeat locum quando tractatur de commodo fisci pecuniario, ut pote quia Fiscus prætendit ex aliquo delicto, bona esse ad eum dedoluta, quo casu reus transigens habetnr pro uicto, quantum ad hoc commodum fiisci, non autem quantum ad pœnam ueram & ordinariam delicti, ad quam non potest perueniri, ex sola transactione, sed Iudex debet aliunde inquirere de innocentia rei, ut est tex. secundum unum intellectum, in dicta l. 2. 1. de abolitionibus. & hoc uolunt significare leges dum dicunt in caussis fiscalibus hoc esse constitutum, ut reus transigens habeatur pro uicto, dicta l. eius qui, ita etiam loquitur tex. in l. 2. ff. de bonis eorum, ibi enim tractabatur tantummodo de pœna confiscationis bonorum, ut suadet natura tituli .l. Imperator.ff.de in diem adiectione, ita etiam loquitur tex. in dicta.l. in omnibus, ut patet ex illo uerbo delatorem, quod nota quia multum confert ad intelligentiam huius tractatus.

Secundo est prohibita transactio quantum ad hoc quia ea non obstante Iudex poterit persequi eundem processum inchoatum ab Accusatore, & ex officio nomine instante inquirere nocentiam rei, etiam in illis casibus in quibus à principio non potuisset procedere per inquisitionem pro vt est regulariter in delictis iuxta textum in l. rescriptum. §. sine accusatione .ff. de maner. & hono. ita probat textus secundum commu-

nem

nem intellectum in dicta l. 2. 1. de Abolitionibus & si dixeris quid prodest hæc inquisitio si ex sola transactione poterit condemnari? Resp. prodest ad condemnationem pœnæ ordinariæ delicti, quæ non solet imponi nisi per veras probationes constiterit de delicto l. fin. 1. de probat.
Tertio dicitur prohibita transactio quantum ad hoc quia si facta huiusmodi inquisitione ex processu apparet reum fuisse innocentem, & animo calumniandi accusatorem prosiluisse ad accusandum poterit Iudex eum condemnare ad Talionis pœnam seu similitudinis supplicij iuxta tex. in dicta l. fin. de Calumn. & l. fin. infra de accusationibus; quòd enim accusator destiterit transigendo illicite, non per hoc debet euitare pœnam calumniæ quemadmodum neque reus excusaretur si constiterit de eius nocentia dicta l. 2. Vltimo est prohibita quantum ad hoc quia accusator transigendo illicite incidit in Turpilianum cuius pœna est pecuniaria quinque librarum auri iuxta tex. in l. 3. §. 1. ff. de preuarica. & quòd incidat in Turpilianum probatur tali ratione, in Turpilianum incidit qui ab accusatione desistit l. ab accusatione. ff. de eodem tit. ergo, & ex quo illud etiam sequitur, quòd eum per senatus consultum Tur. reus transigens factus sit infamis l. 11. 1. ad Turpilian. non poterit post accusationem amplius accusare, licet enim non possit repelli per exceptionem transactionis eum ipsa de iure non teneat, potest tamen repelli propter infamiam contractam ex transactione illicita, iuxta textum in l. si quis. §. 1. ff. de

accu-

accusationibus. Quæro nunc secundò loco in casibus in quibus transactio est permissa quo ad quid dicitur permissa, & primo scias, quòd transactio est permissa præcipue, quantum ad hoc quia accusator repellitur per exceptionē transactionis l. quamuis cum l. sequenti 1. ad Turp. absque quòd reus videatur fateri delictam, & habeatur pro victo dicta l. fin. ff. de præuaricatoribus, & hoc voluit significare tex. in dicta l. 1. ff. de bonis eorum, dum dixit non nocere reo transactionem in hoc quod differt in proposito, transactio illicita à licita, quamuis enim etiam per illicitam repellatur transigens, tanquam infamis, vt supra dixi, hoc tamen est cum præiudicio rei qui habetur pro victo, quòd non est in transactione licita, & hunc tantum effectum respexit, si recte intueris, lex nostra: hinc vides quòd in regula prohibitiua dum loquitur de criminibus non ingerentibus pœnam sanginis, nulla fit mentio de pacto prout in princip. sed tantummodo de transactione ratio est quia tex. intendebat declarare, an & quando transactio, sit prohibita, vel permissa, quantum ad hoc vt reus habetur pro victo, vel non, sed reus paciscendo gratis nunquam habetur pro victo, vt supra dixi sed tantummodo transigendo, ideo dum prohibet, loquitur tantummodo de transactione.

5 Quæro ulterius quando transictio est permissa potest, ne Iudex non obstare transactione, super eodem processu procedendo inquirere, ex officio contra reum, prout posset si transactio fuisset illicita Bart. dixit quod non, quia transactio fit ad

finem

finē impediendi processu in l. fin. 1. eodem si ergo est permissa ergo debet impedire processum, sed certè ratio ista locum habet in caussis ciuilibus, in quibus processus respiciebat comodum priuatum actoris transigentis, nos verò loquimur in criminalibus in quibus processus respicit vtilitatem publicam l. licitatio. §. quòd illicite ff. de Publicanis. vnde non videtur quòd per transactionem priuatorum posit impediri argum. l. Iuris gentium §. si paciscar ff. de pactis, vnde Fulgosius tenuit contrarium, quòd immò non obstante transactione etiam licita Iudex posit prosequi processum per textum in dicta l. 2. Qui loquitur generaliter, & indistincte quinimo secundum modernos videtur quòd de necessitate ille textus debeat intelligi in transactione licita, nam si transactio ibi fuisset illicita, reus transigens habitus fuisset pro victo, vnde frustratorium fuisset aliunde inquirere de eius nocentia prout vult ibi textus, sed profecto, quidquid dixerit Fulgosius, textus ille aperte videtur se restrinxisse, ad casus in quibus transactio non est permissa, vt ex eius serie poteris intelligere, neque obstat inductio Modernorum, tollitur enim per ea quæ supra diximus in prima quæstione, vel dic quòd ille textus loquitur de inquisitione quam debet facere Iudex, ad cognoscendum an interuenerit transactio, & corruptio de qua loquitur textus in dicta l. eius qui delatorem, secundùm quòd ille textus non probabit neque intentionem Bart. circa transactionem prohibitam, neque Fulgosij circa præmissam, tamen in puncto
Iuris

Iuris, mihi verior videtur opinio Fulgosij, per rationem quam supra dixi respondendo ad rationẽ Bart. & quia cum semel crimen fuerit introductum ab accusatore, & eius cognitio ceperit ad Iudicem pertinere, videtur quòd iste sit vnus ex casibus in quibus Iudex potest procedere ex officio per inquisitionem iuxta notata per Bart. in. l. 2. §. si publico ff. de adulterijs, quidquid tamen sit de iure satis est quòd opinio Fulgosij approbata est ex consuetudine prout testantur hic omnes. Vlteri-
6 us quæro quãdo transactio est pmissa potest ne accusator transigẽs, tanquã Calũniator puniri pœna Talionis quemadmodum posset si transactio esset illicita? Respondeo siquidem tenemus in præcedenti opinionem Bart. quòd post transactionem licitam non posit prosequi processum inchoatum ab accusatore, certum erit accusatorem non posse puniri pœna Calumniæ, de illa enimnõ potest constare, nisi ex processu argumento. lege. 1. 1. de Calũniato. si ergo per transactionem processus impeditur, Calumnia non punietur, & hoc voluit Bartolus: si vero tenemus opionem Fulgosij, quòd Iudex non obstante transactione posit prosequi processum, quam opinionem supra approbaui, tunc dico, quòd accusator poterit condemnari ad pœnam Talionis, qnemadmodum enim transactio non prodest reo, quominus si constiterit de eius nocentia posit condemnari, ita multo minus poterit predesse accusatori, quominus si constiterit de eius calumnia posit puniri pro qua opinione adduco tex. in l. fallaciter 1. de abolitionibus.

nibus. Dices tu si accusator transigit super crimine ingerenti pœnam sanguinis intendit etiam ipse redimere sanguinem suum, cum non probando puniatur similitudine supplicij, ergo debet hoc esse ei permissum, quemadmodum & reo., cum militet ratio dictæ. l. 1. Si est permissum, ergo trāsigendo debet remanere impunitus l. Graccus C. de adul. Aduerte quæso, ne erres, eatenus dicitnr esse perwissum reo redimere sanguinem suum, quatenus transigendo excusatur à pœna, quam subire solent ij, qui transigunt illicitè, scilicet vt non habeatur pro victo, sed non per hoc ei parcitur, quo minus si aliunde constiterit de delicto, posit puniri, vt supra dixi, Istud idem dicendum erit in accusatore, vt non debeat excusari à pœna calumniæ, si ex processu probatus fuerit calumniator, non enim ista pœna coutrahitur ex transactione, sed alinnde, & sic non obstat argum. fateor enim quòd quando transactio est permissa, transigens excusatur à pœna qnæ venit ex ipsa transactione, & ideò reus tunc non habetur pro victo, quód nota, quia est fundamentum huius
7 materiæ. Vltimo quantum ad hanc partem quæro quando transactio est permissa, accusator incidit ne in Turpilianum? Bart. post gl. tenuit quòd incidat: vltramontani contra. Breuiter domini si nos tenemns in præcedenti opinionem Bar. quòd accusator transigens non posit puniri de calumnia, hic quoque respondendum est quód nec incidat in Turpilianum, per textum vbi videtur expressum in l. senatus con. §. eos. ff. ad turpil. si enim vis,

uis, quod ex parte accusatoris sit etiam permissa trāsactiō, nullam pœnam debebit pati desistendo, differentia enim quam nititur constituere Bart. inter pœnam talionis, & Turpil. non subsistit, ut poteris colligere ex prædictis. Tenendo uero aliā opinionem, quam supra tenui, quod accusator transigendo posit adhuc puniri de calumnia, idem nunc dicam de pœna Turpil. ut incidat in eam accusator desistens per transactionem iux. tex. in d. l. ab accusatione, ff. ad Turpil. ex quibus intelligis quod transactio in casibus, in quibus est permissa dicitur permissa quantum ad hoc tantummodo, quia accusator repellitur, absque quod reus subeat illam pœnam, quam subiret ex transactione illicita, scilicet, ut habeatur pro uicto, reliqua uero remanent illæsa, perinde ac si nulla interuenisset transactio, & hoc profecto est de mente omnium iurium, in hac materia, ut patet ex tex. nostro inducto ut supra & d. l. fi. de præuar. & l. 1. de bonis eo. Venio nunc ad secundam decisionem tex. dum excipit adulterium, iuxta quam quæro de duobus,
8 Primo, quare in adulterio transactio est prohibita. Quidam dixerunt, quod adulterium est grauius alijs criminibus, sed certe parricidium & læsę maiestatis sunt grauiora, quod ex eo patet, quia grauiori plectuntur pœna. l. quisquis, C. ad l. iul. maiest. l. pœna. ff. de pari. iunc. l. si quis uiduam. ff. de quęstio. non enim attendendum est genus criminis sed genus pœnæ. l. quod ad statum. ff. de pœnis. Alij dixerunt, quia Imperator est amator castitatis, sed profecto, ut etiam Bart. animaduertit, idem

idem esset dicendum in stupro & incestu, quæ opponuntur castitati, quemadmodum adulterium. Quidam moderni dixerunt rationem esse, quia de iure ff. adulterium non ingerebat pœnam sanguinis d.l.si quis viduam ff. de quęst. & l. Claudius ff. de his qui. vt vnde includitur sub secunda regula prohibitiua, quæ ratio non est bona, quia cum tempore huius l.esset pœna sanguinis, vt hic probatur, militabat ratio d. l. primæ quæ est ratio finalis regulæ permissiuæ, vnde nihil ad rem, quod olim talis pœna non esset, quemadmodum si hodie pro furto imponeretur pœna mortis, certum est, quod transactio super furto ualeret, ut concludunt hic omnes. Petrus dicebat, quod in adulterio ratio fuit frequentia ipsius, ad hoc ut multis grassantibus locus sit exemplo l. aut facta in finali ff. de pœnis, quam rationem declara sic. Adsunt in re nostra duæ rationes, quarum vna tendit ad permittendam transactionem, & est illa, quam supra dixi de l.de bonis eo. altera vero ad prohibendam, & est illa, quam modo dicam in sequenti parte leg. interest enim reipub. ne delicta occultentur per transactionem, & remaneant impunita. Prima regula in criminibus ingerentibus pœnam sanguinis prævalet regulariter huic secundæ, cum enim sit ratio specialis derogat generali l. doli clausula ff. de verb. oblig. l. sanctio legum ff.de pœnis, sed si tu ponas tale crimen, quod propter nimiam eius frequentiam multum intersit reipub. ut puniatur, hæc secunda ratio, quæ modo fundata est in nimia utilitate publica, prævalet primæ

cum

cum regulare hoc sit, ut publica utilitas preferatur priuatæ auth.res quæ C. com. de leg. & ideo dixit Pet. in adulterio prohibitam esse transactionē propter nimiam eius frequentiam. Quæro secūd. Bart. concludit ex parte rei, sed qnare est prohibita ex parte accnsatoris? respondet ipse, quia transactio non ualet, nisi accusator aliqnid accipiat l. transactio in f. eo. sed accipiens pecuniam pro occultando adulterio incidit in l. iul. de adul. l. auxilium in fi. ff. de minor. ergo. Doctores contra hanc rationem insurgunt, quia attenta ea deberet esse prohibita etiam in stupro, cum accipiens peccuniam pro comperto stupro etiam incidāt in l. iul. d. l. auxilium, & tamen hic non prohibetur nisi in adultetio, sed hæc reprehensio nihil est, fateor enim quod accusatori est prohibita transactio etiam in stupro per d. l. auxilium, neq; hoc negauit Bar. ideo autem in hac l. excipitur tantū adulterium, quia Imp. intendebat loqui de transactione prohibita etiam ex parte rei. Alia tamen ratione corruit hæc ratio Bart. quia ut recte hic animaduertit Alex. ratio hæc non habet locū in pactione gratuita, & tamen in adulterio accusator non potest nec transigere nec pacisci, ut videtur probari ex hoc tex. dic igitur vt supra dixi, quod nō opus est quærere, quare transactio adulterij sit prohibita accusatori, cum nunquam ei permittatur transactio, quin incidat in pœnam Tur. & in pœnam talionis, & sic uides quod ratio Pet. est satis sufficiens. Aliam rationem, quare transactio in adulterio sit prohibita, asignant alij ut

Bal. Alex. fulg. & quidem satis bonam, ne scilicet inducatur perturbatio sanguinis, & ita sordidæ conditionis homines in locum splendidiorum natalium subrogentur, arg. tex. in l. super statu. inf. de quæst. Tu potes addere aliam fortasse non spernendam, nam non potest negari, quin contra trāsigentem remaneat aliqua suspitio delicti, ob quā suspitionem numquam potuisset esse pax & concordia inter coniuges, cum coniux offensus reminisceretur adulterij suspecti, ad tollendam igitur discordiam curauit legislator, ut super adulterio non possit fieri transactio, hac eadem ratione factum est, ut matrimonij contractus & etiam di-
9 stractus sit liber à metu pœnæ. Secundo iuxta hāc partem quæro, an in crimine raptus prohibita sit transactio, quemadmodum in adulterio, an uero permissa, ut in alijs criminibus ingerentibus pœnam sanguinis. Gl. quam sequitur Bal. post Cynā & Iaco. de art. tenuit quod sit prohibita, pro qua opin. Bal. hic adducit quasdam rationes, quæ in effectu redundant in hoc, quod si est prohibita in adulterio, ergo multo magis in raptu, quod crimē est grauius adulterio. l. qui cętu in fi. ff. ad l. iul. de ui pub. & per hoc respondetur ad hunc tex. quamuis enim in eo excipiatur tantummodo adulterium, unde uidetur, quod in alijs firmetur reg. in contr. l. nam quod liquide in fi. ff. de penu leg. cum sim. tamen illa exceptio trahitur ad casus, in quibus est maior uel eadem ratio, ut est gl. communiter approbata in l. 1. 1. de cond. ind. Sed certe hæc ratio Bal. concluderet, quando prohibitio transactionis

ueniret ex maioritate criminis, hoc tamen est falsum, quia ut supra diximus, multa reperiuntur crimina grauiora adulterio, in quibus tamen non est prohibita transactio. Præterea pro opin. gl.facit tex. in l.1.in fi. C.de rap. uirg. ubi pater remittens dolorem pro raptu filiæ deportatur, ergo uidetur, quod transactio non sit permissa, quia tunc pęnam non mereretur.l.graccus.1. de adul. Breuiter dic, quod ille tex. non loquitur de transactione, sed de remissione offensæ seu doloris, quæ fieri potest in omni crimine, cum dicatur potius quędam pax, seu reconciliatio, ut hic per moder. fallit tamen ibi in patre, qui tenebatur ibi prosequi uindictam raptus filiæ, ut ibi sentit tex. ibi, quorum &c. facit tex. in l. miles.§. socer. ff. de adult. Pręterea dato quod illa l.loqueretur in transactione, nihil faceret pro hac opin. non enim sequitur transigens punitur, ergo transactio est prohibita iuxta ea, quæ supra dixi. Eodem modo respondetur ad tex. in l. pen.1. qui ex cau. ser. pro præ. lib. au. Quamuis enim ibi seruus consequatur libertatem detegendo transactionem raptus, non per hoc sequitur, quod transactio non sit permissa, quantum ad hoc, ut repellatur transigens accusator. absque quod reus uideatur fateri delictum. Tene igitur contr. quod imò in raptu sit permissa, ut sentit hic Bart. & communiter alij, per hunc tex, qui tantummodo excipit adulterium, quæ exceptio non potest trahi ad raptum, quia in eo non est neque maior neque eadem ratio, si enim omnes rationes inspexeris, quare in adulterio non possit

transigere, uidebis nullam ex his posse adaptari in crimine raptus. Venio nunc ad secundam regula prohibiituam, dum loquitur de criminibus non ingerentibus pœnam sanguinis, iuxta quam quæro de duobus. Primo quare in his criminibus prohibetur transactio. Dicebat Bald. quia reus transigẽdo uidetur fateri delictũ. l. quoniã ff. de his qui not. inf, ex qua confessione delictum factum est notorium, vnde transactio non tenet, quæ est super re dubia l. post rem iudicatam & le. 1. ff. eo. Hæc ratio confunditur præcipue ex duobus. primo quia ista certitudo inducitur per transactionẽ, vnde sufficit, quod tempore, quo transigebatur, res erat dubia, arg. l. sub pretextu in eo. Præterea quod reus transigens videatur fateri delictũ, & habeatur pro uicto, uenit ex eo, quia transactio est prohibita, ut patet ex d. l. fi. ff. de præuar. non ergo ideo est prohibita, quin fatetur delictũ, sed potius à conuerso, ideo uidetur fateri delictum, quia trausactio est prohibita. Vnde quidam moder. dixerunt, quod transactio adaptatur tantummodo ad causas ciuiles quod videtur suaderi ex vi vocabuli, dicitur enim transactio, quasi ab actione transitus, sed actio dicitur in ciuilibus iux. not. instit. de actio. in prin. ergo. Quæ ratio mihi non placet, leges enim dum loquuntur in criminibus, utuntur uerbo transactionis, ut in hoc text, cum concordan. Nec est nouum ut nomen actionis referatur tam ad causas ciuiles, quã criminales. iuxta rub. C. quan. ciui. act. crim. preiu. Dic igitur, quod uerę rationes sunt istę, prima ut tollatur oc-

casio

casio delinquendi. leg. conuenire ff. de pact. dot Secunda, & hæc est communis, quia interest reip. ne delicta occultentur, & remaneant impunita l. ita uulneratus ff. ad l. aqui. Dices tu, hæc eadem ratio ita habet locum in prima regula. s. in criminibus ingerentibus pœnam sanguinis. Responde, in illis subiuerat alia regula l. 1. ff. de bonis eorum, quæ cum sit specialis derogat generali, ut supra dictum est. Dices tu immò non remanerent delictu impunita, dato enim quod transactio ualeret, tertius posset accusare dicta lege qui cœtu in fine. Responde, quod non tam facilè reperiuntur noui accusatores, qui etiam reperti, præsummit lex, quod à reo fuissent iterum corrupti argumento. capituli. semel malus de regul. iuris in 6. Secundo quæro an in priuatis criminibus, ut furto & iniuriarum crimine sit prohibita transactio? Jacobus Butric. dicebat quod non primo per hunc textum qui loquitur in publicis criminibus, ergo secus videtur in priuatis. lege. cum prætor ff. de iudiciis. Quod enim in vno prohibetur, in alio censetur permissum l. Imperator ff. de post. sed potes respõdere quod hic crimen publicum sumitur largo modo quatenus intentatur criminaliter ad vtilitatem publicam iuxta not. per Bart. in l. 2. ff. de publ. Judicijs & sic censetur exclusus casus, quando delictum intentatur ciuiliter ad vtilitatem priuatam, quo casu fateor transactionem esse permissam iuxta textum in l. si tibi §. quædam & l. iurisg. §. si paciscar ff. de pactis, l. post decisionem C. de furtis & l. interdum §. qui tutelam ff. eod. tit. præterea

terea pro opinione Iacobi facit ratio , quam refert hic Bart. Crimen enim publicum respicit iniuriam omnium, & propterea dicitur publicum l. Manicheos C. de hæretic. nimirum, si in illo est prohibita transactio vt hic, & dicto §. si paciscar, sed hæc ratio non militat in crimine priuato, cum respiciat tantum iniuriam priuatam ergo. Omissa responsione Bartoli, quæ non tollit argumentum, dic quòd transactio non est prohibita, propterea quod crimen respicit iniuriam publicam, per transactionem enim nunquam præiudicatur iniurijs aliorum etiam in casibus in quibus est permissa dicta lege qui cætu, sed est prohibita propter vtilitatem publicam quæ continetur in hoc, quia eius interest delicta puniri ut prouincia purgetur malis hominibus l. congruit ff. de officio præsidis, quæ ratio militat etiam in delictis priuatis, præsertim in furto ergo istud argumentum retorquetur. Pro contraria opinione, quam tenent reliqui omnes, quod immò etiam in priuatis sit prohibita, transactio, facit in primis ratio utilitatis publicæ quam modo dicebam, nisi dixeris quòd cum veniat accessorie in consequentiam non est attendenda iuxta textum in lege si quis nec causam ff. si certum petatur & iuxta not. per Bartolū. in l. prima ff. solut. Mat. præterea pro hac parte facit quia super priuatis criminibus non potest compromitti l. non distinguemus §. Iulianus ff. de arbitris ergo nec transigi cum arbitramentum sit in effectu quædam transactio ut per Bart. in l. societatem §. arbitrorum ff. pro socio, sed dic quod in re nostra non
valet

valet argumento de arbitrio ad transactionem, cum nec in criminibus ingerentibus pœnam sanguinis valeat cōpromissum dicto §. Iulianus, valet tamen transactio, ut hic: præterea pro hac parte facit textus in l. si quis repetere & l. in priuatis ff. ad Turpilian. sed dic quod non sequitur accusator transigens, incidit in Turpil. ergo transactio non permittitur vt supra dictum est: Postremo pro hac parte facit secundum Bart. reg. l. eius qui de latorem ff. de Iure fisci vbi in caulis fiscalibus corrumpens accusatorem habetur pro victo, sed quando delictum intentatur criminaliter prout nos loquimur etiam si fit priuatum, pœna venit applicanda fisco gl. communiter approbata in l. 3. ff. de sepulchro violato & sic dicitur caussa fiscalis, & per consequens non potest fieri transactio: sed dic vt supra dicebatur quod caussa fiscalis, in re nostra dicitur quando fiscus prætendit ex aliqua causa bona ad eum fuisse deuoluta iuxta textum per totum in l. 1. ff. de Iure fisci & si, argu. non obstat: Quid dicendum. dico quod dum iste textus loquitur de criminibus publicis, intelligendus est de criminibus Capitalibus, prout etiam loquitur tex. in dicta l. 1. ff. de bonis eorum, quem textum inspice diligenter pro intelligentia eorum quæ nunc dicam; ideo autem iura ista in hac materia loquuntur de criminibus capitalibus quia intendunt aperire nobis quando reus ex transactione habeatur pro victo, nec ne ut supra dixi; istud autem quod reus habeatur pro victo intellligendum est quantum ad confiscationem, bonorum tantum, non

autem

autem quoad pœnam ordinariam delicti prout loquitur textus in l. 2. ff. de bonis eorum, & supra latius declaraui, sed confiscatio bonorum attento isto iure non veniebat nisi ex crimine capitali l. 1. ff. de bonis damnatorum, & ideo hæc iura loquuntur in crimine capitali, fateor tamen quod etiam in criminibus priuatis prohibita est transactio, sed non eo respectu, quo in criminibus capitalibus, scilicet respectu cõfiscationis bonorũ sed tantummodo respectu infamiæ quæ ex talibus criminibus proficiscitur d.l.quoniã de his qui notãtur infamia, & ita intelligo hanc materiam. Venio nunc ad vltimam partem legis, dum à regula prohibitiua excipit crimen falsi, & iuxta eam quæro quare in crimine falsi transactio est permissa? dicebat gl. quia crimen falsi plerumque refertur ad priuatum commodum, seu ad pecuniariam estimationem, quasi uoluerit dicere, cessat ratio utilitatis publicæ, quam modo dixi in præcedenti reg. & ideo cessat prohibitio. Breuiter Domini quęcunque fuerit mens glossæ, quia de ea non parum dubito, necesse est quod male fuerit loquuta: constat .n. ex crimine falsi criminaliter intentato, prout loquitur iste tex. ut patet ex uerbo transactionem, pœnam esse deportationis.l.1.in fine.ff. de falsis (quãuis etiam posit agi ciuiliter ad interesse l. Paulus ff.eodem. Quidam moderni dixerunt quod crimẽ falsi requirit ueras probationes Bald. post glos. in l. iuris gentium. §. quod fere .ff. de pactis, & ideo reus transigendo non potest haberi pro uicto, quamuis uideatur fateri delictum, cum hæc dicta con-

confeſsio non ſit uera probatio iuxt. notata per Bald. & Paulum de Caſtro in Rubr. C. de probat. & hoc reſpectu dixit hic Imperator in crimine fal ſi non eſſe prohibitam tranſactionem, hæc ratio non placet, quia etiam alia crimina requirunt ueras probationes l.fin. C. de ꝓbationibus, etiã tamẽ ut habeatur pro uicto ſufficit hæc ficta confeſsio, non enim tractamus de uera condemnatione, ſed de quadam pęna irrogata a ſenatus conſulto ijs qui contemnunt legem tranſigendo illicite dicta l.fin. de præuaricat. & l. eius qui delatorẽ de Iure fiſci, quæ pęna ita debet habere locum in crimine falſi quemadmodũ in alijs criminibus: Bar. dicebat qđ ſuper falſo poſsit tranſigi propter nimiã infamiam quã irrogat condemnatio, quę cũ grauior ſit morte l.iſti quidẽ.ff quod metus cauſa uidetur qđ in eo militet ratio dictę l.1.ff.de bonis eorũ, quæ ratio licet ſit cõmuniter recepta mihi tamẽ nullatenus ſatisfacit, conſtat.n. ex omnibus publicis criminibus irrogari infamiã condemnato l. infamẽ ff.de publ. in d.l.1.ff. de his qui notantur infamia, & tñ in eis tranſactio regulariter non permittitur, ut hic, & dato, quod ex crimine falſi contrahantur maior infamia, quam ex alijs criminibus, quod tamen iure non probatur, nihilominus hoc plus infamiæ leges non reſpexerant, poſtquam non reſpexerunt ſeruitutem quæ ſubiri poterat ex criminibus, tanto magis quia in delictis priuatis tranſactio eſt prohibita, quantum ad hoc tantummodo, quod tranſigens efficitur infamis dicta l.quoniam ex quo patet l.in permiſsione tranſactionis nullam habuiſ-

habuisse rationem infamiæ. Alij non inuenientes rationem huius exceptionis dixerunt, quòd in crimine falsi est prohibita transactio quemadmodū in alijs criminibus non ingerentibus pœnam sanguinis, ad hunc textum respondent varijs modis quas responsiones non curo referre cum sint nimium insipidæ, quantumcunque enim textus iste destruatur, aliunde mihi probatur qđ in crimine falsi sit permissa transactio, de hoc enim est textus expressus qui nō potest cauillari in l. ipse inf. de falsis. Neque valet ad illum text. responsio quorundam qui dicebant quod loquitur ante institutam accusationem; debebant enim isti animaduertere quod in casibus in quibus non est licita transactio post accusationem inchoatam, si quis transegerit antequam inchoetur adhuc poterit postea accusare nisi fuerit ab alio præuentus dicta l. 3. §. si is qui ff. de Sep. violato & per Bart. in l. si maritus §. si negauerit. ff. ad l. Iuliam de adulterijs, sed in illa l. ipse indistinctè dicitur non posse accusatorem qui semel transegit amplius ad accusationem redire, ergo etiam si tibi concessero quod tex. ille loquatur ante accusationem inchoatam (quod profectò restringit generalitatem illius legis) ad huc tamen ex hoc mihi probatur, in crimine falsi non esse prohibitam transactionem etiam post litem inchoatam. Vera igitur ratio quare in crimine falsi transactio sit permissa hæc est (nisi ego maximè fallor) nam in crimine falsi speciale est vt reus cogatur probare suam innocentiam, cum regulariter onus probandi incumbat soli accusatori. l. qui

accu-

accusare. C. de edendo, de hoc est tex. in l. vbi inf. de falsis gl. in l. maiorem eodem tit. Bart. in l. lucius ff. ad Turpil. quamuis ergo in aliis criminibus præsumptio sit contra transigentem quia præsummitur transigendo nocens dicta l. quoniam, secus tamen est in crimine falsi, in quo potius presumēdum est reum transegisse animo se liberandi ab illo onere probandi quod sibi incumbebat etiam quod esset Innocens arg. tex. in l. serui. C. de adulterijs, eo magis quia cum lex grauauerit reum in vno æquum fuit eum releuari in alio l. eum qui ff. de IureIur. Dices tu attenta huiusmodi ratione illud quod dicitur hic in crimine falsi, illud idem dicendum esset in omnibus illis criminibus quæ enumerantur in l. fallaciter C. de abolitionibus. Respond. omnia illa crimina ingerunt pœnam sanguinis, & ideò includuntur sub prima regula affirmatiua, excepto crimine peculatus, in quo ideo crederem non esse permissam transactionem, quia principaliter respicit iniuriam publicam, prout supra dictum fuit in adulterio declarando intentionem Petri.

Laus Deo.

(::)

FINIS.



Series Cartarum.

A B C D E F G H I K L M.

Omnes ſunt Quaterniones.



R O M AE,

Apud Ioſephum de Angelis, Anno Iobelei, *M D L X X V.*



